



Tribunal international chargé de  
poursuivre les personnes présumées  
responsables de violations graves  
du droit international humanitaire  
commises sur le territoire de  
l'ex-Yougoslavie depuis 1991

Affaire n° : IT-95-5/18-PT

Date : 28 avril 2009

Original : FRANÇAIS  
Anglais

**LA CHAMBRE DE PREMIÈRE INSTANCE**

Composée comme suit : **M. le Juge Iain Bonomy, Président**  
**M. le Juge Christoph Flügge**  
**M<sup>me</sup> le Juge Michèle Picard**

Assistée de : **M. John Hocking, Greffier par intérim**

Décision rendue le : **28 avril 2009**

**LE PROCUREUR**

*c/*

**RADOVAN KARADŽIĆ**

***DOCUMENT PUBLIC***

**DÉCISION RELATIVE AUX SIX EXCEPTIONS PRÉJUDICIELLES  
D'INCOMPÉTENCE**

**Le Bureau du Procureur :**

M. Alan Tieger  
M<sup>me</sup> Hildegard Uertz-Retzlaff

**L'Accusé :**

Radovan Karadžić

LA CHAMBRE DE PREMIÈRE INSTANCE du Tribunal international chargé de poursuivre les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991 (le « Tribunal »), saisie des exceptions préjudicielles suivantes présentées par Radovan Karadžić (l'« Accusé ») : Exception préjudicielle aux fins de supprimer le paragraphe 60 k) de l'acte d'accusation, le Tribunal n'ayant pas compétence pour juger les faits qui y sont rapportés, présentée le 10 mars 2009 (*Preliminary Motion to Dismiss Paragraph 60(k) for Lack of Jurisdiction*, l'« Exception préjudicielle relative au paragraphe 60 k) ») ; Exception préjudicielle aux fins de supprimer les allégations relatives à l'entreprise criminelle commune III — Prévisibilité des crimes, présentée le 16 mars 2009 (*Preliminary Motion to Dismiss Joint Criminal Enterprise III – Foreseeability*, l'« Exception préjudicielle relative à la prévisibilité des crimes ») ; Exception préjudicielle aux fins de supprimer le chef 11, le Tribunal n'ayant pas compétence pour juger le crime qui y est rapporté, présentée le 18 mars 2009 (*Preliminary Motion to Dismiss Count 11 for Lack of Jurisdiction*, l'« Exception préjudicielle relative au chef 11 ») ; Exception préjudicielle mettant en cause la compétence du Tribunal concernant la responsabilité pour omission, présentée le 25 mars 2009 (*Preliminary Motion on Lack of Jurisdiction concerning Omission Liability*, l'« Exception préjudicielle relative à la responsabilité pour omission ») ; Exception préjudicielle aux fins de supprimer les allégations relatives à l'entreprise criminelle commune III — Crimes supposant une intention spéciale, présentée le 27 mars 2009 (*Preliminary Motion to Dismiss JCE III – Special Intent Crimes*, l'« Exception préjudicielle relative aux crimes supposant une intention spécifique ») ; et Exception préjudicielle mettant en cause la compétence du Tribunal concernant la responsabilité du supérieur hiérarchique, présentée le 30 mars 2009 (*Preliminary Motion on Lack of Jurisdiction: Superior Responsibility*, l'« Exception préjudicielle relative à la responsabilité du supérieur hiérarchique »), rend ci-après sa décision.

### **I. Rappel de la procédure et arguments des parties**

1. L'Accusé a présenté, sur la base de l'article 72 du Règlement de procédure et de preuve du Tribunal (le « Règlement »), l'Exception préjudicielle relative au paragraphe 60 k), l'Exception préjudicielle relative à la prévisibilité des crimes, l'Exception préjudicielle relative au chef 11, l'Exception préjudicielle relative à la responsabilité pour omission, l'Exception préjudicielle relative aux crimes supposant une intention spécifique et l'Exception préjudicielle relative à la responsabilité du supérieur hiérarchique pour mettre en cause la

compétence du Tribunal pour juger les crimes rapportés dans le Troisième Acte d'accusation modifié dressé contre lui (l'« Acte d'accusation »).

2. Le Bureau du Procureur (l'« Accusation ») a présenté : 1) le 23 mars 2009 une réponse à l'Exception préjudicielle relative au paragraphe 60 k (*Prosecution Response to Preliminary Motion to Dismiss Paragraph 60(k) for Lack of Jurisdiction*, la « Réponse relative au paragraphe 60 k »), pour laquelle l'Accusé a demandé l'autorisation de répliquer et présenté sa réplique le 20 avril 2009 (la « Réplique relative au paragraphe 60 k ») ; 2) le 25 mars 2009 une réponse à l'Exception préjudicielle relative à la prévisibilité des crimes (*Prosecution Response to Preliminary Motion to Dismiss Joint Criminal Enterprise III – Foreseeability*, la « Réponse relative à la prévisibilité des crimes »), pour laquelle l'Accusé a demandé l'autorisation de répliquer et présenté sa réplique le 3 avril 2009 (la « Réplique relative à la prévisibilité des crimes ») ; 3) le 1<sup>er</sup> avril 2009 une réponse à l'Exception préjudicielle relative au chef 11 (*Prosecution Response to Preliminary Motion to Dismiss Count 11 for Lack of Jurisdiction*, la « Réponse relative au chef 11 »), pour laquelle l'Accusé a demandé l'autorisation de répliquer et présenté sa réplique le 8 avril 2009 (la « Réplique relative au chef 11 ») ; 4) le 7 avril 2009 une réponse à l'Exception préjudicielle relative à la responsabilité pour omission (*Prosecution Response to “Preliminary Motion on Lack of Jurisdiction concerning Omission Liability*, la « Réponse relative à la responsabilité pour omission »), pour laquelle l'Accusé a demandé l'autorisation de répliquer et présenté sa réplique le 14 avril 2009 (la « Réplique relative à la responsabilité pour omission ») ; 5) le 14 avril 2009 une réponse à l'Exception préjudicielle relative aux crimes supposant une intention spécifique (*Prosecution Response to “Preliminary Motion to Dismiss JCE III – Special Intent Crimes”*, la « Réponse relative aux crimes supposant une intention spécifique »), pour laquelle l'Accusé a demandé l'autorisation de répliquer et présenté sa réplique le 20 avril 2009 (la « Réplique relative aux crimes supposant une intention spécifique ») ; et 6) le 9 avril 2009 une réponse à l'Exception préjudicielle relative à la responsabilité du supérieur hiérarchique (*Prosecution Response to Preliminary Motion on Lack of Jurisdiction: Superior Responsibility*, la « Réponse relative à la responsabilité du supérieur hiérarchique »), pour laquelle l'Accusé a présenté le 14 avril 2009 une demande d'autorisation de répliquer et une demande de prorogation de délai avant de présenter sa réplique le 20 avril 2009 (la « Réplique relative à la responsabilité du supérieur hiérarchique »).

3. La Chambre de première instance va brièvement exposer les arguments présentés par des parties concernant chacune des exceptions préjudicielles.

**A. Exception préjudicielle relative au paragraphe 60 k)**

4. L'Accusé demande que le paragraphe 60 k) soit supprimé de l'Acte d'accusation, au motif que les persécutions qui y sont décrites ne sont pas suffisamment graves pour être qualifiées de crimes contre l'humanité punissables en application de l'article 5 du Statut du Tribunal (le « Statut »). Il soutient en particulier que les actes qualifiés de persécutions ne figurent pas parmi les crimes sous-jacents énumérés dans cet article et qu'au vu de l'Acte d'accusation, ils n'atteignent pas, qu'ils soient pris ensemble ou séparément, le même degré de gravité que les crimes énumérés à l'article 5. À l'appui, l'Accusé signale que ces actes ne sont recensés dans aucune annexe jointe à l'Acte d'accusation, que le nombre des victimes n'est pas précisé et qu'il n'est fait mention à leur sujet d'aucune circonstance aggravante<sup>1</sup>. À titre subsidiaire, l'Accusé fait valoir qu'il lui est « impossible de répondre aux allégations formulées » dans le paragraphe 60 k) de l'Acte d'accusation, car celui-ci « n'expose aucun fait » et « [[n]e donne aucune précision concernant les actes, les victimes, les auteurs, les lieux ou les dates des crimes<sup>2</sup> ».

5. Au paragraphe 60 k) de l'Acte d'accusation, il est dit :

Les persécutions auxquelles se sont livrés des membres des Forces serbes et les Organes politiques et administratifs des Serbes de Bosnie dans le cadre d'une ou plusieurs des différentes entreprises criminelles communes ont notamment pris les formes suivantes :

[...] application et maintien de mesures restrictives et discriminatoires, notamment :

- i. restrictions à la liberté de circulation ;
- ii. purges à la tête des administrations locales et de la police, et licenciements massifs ;
- iii. atteintes à la vie privée sous forme de fouilles arbitraires dans les foyers ;
- iv. arrestations illégales et/ou privation du droit d'être entendu par un juge ;
- v. refus de l'égalité d'accès aux services publics.

6. Dans la Réponse relative au paragraphe 60 k), l'Accusation demande à la Chambre de première instance de rejeter l'Exception préjudicielle relative au paragraphe 60 k) pour plusieurs raisons. Premièrement, elle cite certaines décisions rendues par la Chambre d'appel sur cette question et soutient que c'est l'effet cumulé de tous les actes sous-tendant les persécutions qui doit être de même gravité que les autres crimes énumérés à l'article 5 du

<sup>1</sup> Exception préjudicielle relative au paragraphe 60 k), par. 5.

<sup>2</sup> *Ibidem*, par. 6.

Statut et non pas chacun des actes recensés au paragraphe 60 k) de l'Acte d'accusation considéré isolément<sup>3</sup>. Deuxièmement, l'Accusation soutient que l'appréciation de la gravité des crimes n'a rien à voir avec la compétence du Tribunal, car c'est là un point de fait qui doit être établi au procès en tenant compte de l'ensemble des éléments de preuve présentés<sup>4</sup>.

7. Troisièmement, concernant le manque de précision du paragraphe 60 k), l'Accusation soutient qu'elle n'est pas tenue de faire état des éléments de preuve qui serviront à prouver les actes en question et que, compte tenu de la place élevée que l'Accusé occupait dans la hiérarchie et de l'ampleur des crimes, elle n'est pas tenue de préciser certains éléments se rapportant aux faits incriminés, tels que le nom de toutes les victimes ou celui de tous les auteurs des crimes<sup>5</sup>. Elle fait valoir que dans l'Acte d'accusation, les auteurs des crimes et les victimes sont identifiés par leur appartenance à une catégorie ou un groupe, respectivement celle de l'entreprise criminelle commune et celui des Musulmans de Bosnie ou des Croates de Bosnie<sup>6</sup>. De plus, selon l'Accusation, les actes en cause, ainsi que les lieux et les dates où ils ont été accomplis sont rapportés de façon suffisamment précise dans le chef de persécutions<sup>7</sup>. Elle ajoute que tous les éléments de preuve relatifs aux allégations formulées au paragraphe 60 k) sont communiqués à l'Accusé en application de l'article 65 *ter* du Règlement, pendant la mise en état de l'affaire, et que celui-ci peut lui demander d'autres précisions concernant les crimes en cause, conformément à la procédure définie dans la jurisprudence du Tribunal<sup>8</sup>.

8. À titre subsidiaire, l'Accusation soutient que même si la Chambre de première instance estime que l'Acte d'accusation est entaché de vices de forme, elle devrait lui ordonner d'exposer d'autres faits essentiels au lieu de retirer les allégations contestées.

9. L'Accusé demande l'autorisation de présenter une réplique relative au paragraphe 60 k) pour démontrer, dit-il, « les failles de la thèse de l'Accusation ». Il soutient en outre que des actes qui ne présentent pas le même degré de gravité ne peuvent être cumulés pour constituer un crime contre l'humanité, dans le cadre de l'entreprise criminelle commune, car ces actes peuvent être accomplis par des personnes différentes, dans des lieux différents et

<sup>3</sup> Réponse relative au paragraphe 60 k), par. 4 à 6.

<sup>4</sup> *Ibidem*, par. 7.

<sup>5</sup> *Ibid.*, par. 12 et 13.

<sup>6</sup> *Ibid.*, par. 18.

<sup>7</sup> *Ibid.*, par. 15 et 16.

<sup>8</sup> *Ibid.*, par. 20 et 21.

à des dates différentes<sup>9</sup>. Concernant le manque de précision, l'Accusé souligne que la référence dans l'Acte d'accusation à 27 municipalités et à toute la période au cours de laquelle les crimes en question auraient été commis, ne suffit pas pour l'informer comme il convient des accusations dont il a à répondre<sup>10</sup>.

#### **B. Exception préjudicielle relative à la prévisibilité des crimes**

10. Invoquant l'article 72 A) i) du Règlement, l'Accusé soutient que les allégations se rapportant à l'entreprise criminelle commune de troisième catégorie devraient être supprimées pour chaque chef retenu dans l'Acte d'accusation, au motif que le Tribunal n'est pas compétent pour le juger pour des crimes qui n'étaient pas envisagés dans le cadre du projet commun, mais ont « pu » être commis par l'un des membres de l'entreprise criminelle commune et qui étaient donc une conséquence « possible » de la réalisation de ce projet. Il avance qu'il doit être établi que les crimes étaient une conséquence « naturelle » de la réalisation du projet commun et que l'accusé pouvait donc prévoir qu'ils étaient « probables<sup>11</sup> ». À l'appui, l'Accusé renvoie à un certain nombre d'affaires jugées par plusieurs tribunaux<sup>12</sup>, ainsi qu'à la jurisprudence du Tribunal. S'agissant de celle-ci, il fait remarquer que le crime doit être une conséquence « naturelle et prévisible ». Quant à la question de savoir si l'accusé doit avoir prévu que ces conséquences étaient possibles ou probables, il relève que la pratique du Tribunal n'est pas constante sur ce point<sup>13</sup>. En raison de ce flou, l'Accusé suggère que le principe le plus favorable lui soit appliqué et que le critère de « probabilité » soit retenu. Il conclut en disant que pour les raisons qu'il a exposées, l'Acte d'accusation se fonde sur une forme de responsabilité que le Tribunal n'est pas compétent pour juger<sup>14</sup>.

11. Dans sa réponse, l'Accusation s'oppose à l'Exception préjudicielle relative à la prévisibilité des crimes en soutenant i) qu'elle a défini comme il convient la *mens rea* requise pour l'entreprise criminelle commune de troisième catégorie et ii) que l'Accusé ne conteste pas à proprement parler la compétence du Tribunal. À l'appui de son premier argument, l'Accusation renvoie à l'Arrêt *Vasiljević* dans lequel a été appliqué le critère énoncé dans

<sup>9</sup> Réplique relative au paragraphe 60 k), par. 4 et 7.

<sup>10</sup> *Ibidem*, par. 9.

<sup>11</sup> Exception préjudicielle relative à la prévisibilité des crimes, par. 1 à 4.

<sup>12</sup> *Ibidem*, par. 5 à 18.

<sup>13</sup> *Ibid.*, par. 19 à 25.

<sup>14</sup> *Ibid.*, par. 25 et 26.

l'Acte d'accusation<sup>15</sup>. L'Accusation fait valoir en deuxième lieu que l'Accusé ne présente pas à proprement parler une exception d'incompétence au sens de l'article 72 A) i) du Règlement puisqu'il se contente de donner une autre définition des « éléments constitutifs d'un crime », question qu'« il ne convient pas de trancher pendant la phase préalable au procès<sup>16</sup> ».

12. L'Accusé demande l'autorisation de présenter une réplique sur la prévisibilité des crimes « afin que la Chambre de première instance puisse avoir une idée plus claire » de certaines questions litigieuses<sup>17</sup>. Il ajoute que puisque les Chambres du Tribunal ne sont pas d'accord sur les conditions requises pour mettre en œuvre la responsabilité pour participation à une entreprise criminelle commune de troisième catégorie et que cela crée des disparités, en pratique, la Chambre de première instance devrait déterminer quelles conditions cadrent avec le droit international coutumier<sup>18</sup>. L'Accusé conteste également l'affirmation de l'Accusation selon laquelle l'exception préjudicielle qu'il soulève ne constitue pas à proprement parler une exception d'incompétence<sup>19</sup>.

### C. Exception préjudicielle relative au chef 11

13. L'Accusé soutient que le chef 11 de l'Acte d'accusation dans lequel il est mis en cause pour « prise d'otages », violation des lois ou coutumes de la guerre punissable par l'article 3 du Statut, fait état d'un comportement qui n'est pas visé dans cet article. Dans cette exception préjudicielle, il analyse l'état du droit international coutumier en 1995 lorsque les faits en cause ont eu lieu, et il conclut que « les prises d'otages » visées dans l'article 3 commun aux Conventions de Genève qu'englobe l'article 3 du Statut, ne concernent pas la prise de civils en otage ni le traitement des « belligérants en détention<sup>20</sup> ». L'Accusé soutient pour l'essentiel que :

- i) le droit applicable à la prise d'otages s'est développé dans le cadre de la protection des civils ;
- ii) les personnes décrites dans le chef 11 de l'Acte d'accusation n'étaient pas des civils mais des prisonniers de guerre capturés, auxquels s'appliquait la III<sup>e</sup> Convention de Genève ;

<sup>15</sup> Réponse relative à la prévisibilité des crimes, par. 1 à 3.

<sup>16</sup> *Ibidem*, par. 4 à 6.

<sup>17</sup> Réplique relative à la prévisibilité des crimes, par. 3.

<sup>18</sup> *Ibidem*, par. 10.

<sup>19</sup> *Ibid.*, par. 12 à 16.

<sup>20</sup> Exception préjudicielle relative au chef 11, par. 59 et 60.

iii) contrairement à la IV<sup>e</sup> Convention de Genève qui traite des civils, la III<sup>e</sup> Convention de Genève ne mentionne pas la prise d'otages sauf en son article 3 qui est commun aux quatre Conventions de Genève, mais qui se limite aux conflits armés non internationaux ;

iv) l'article 3 commun doit être interprété de manière restrictive pour ne pas accorder une plus grande protection aux personnes pendant les conflits armés non internationaux que pendant les conflits armés internationaux ;

v) la détention illégale est un élément constitutif de la prise d'otages<sup>21</sup>.

14. L'Accusation répond tout d'abord que l'Exception préjudicielle relative au chef 11 n'est pas une exception d'incompétence au sens de l'article 72 D) du Règlement, mais qu'elle s'attache aux contours du crime qu'est la prise d'otages et aux points de faits qui s'y rapportent. Elle avance que l'article 3 commun aux Conventions de Genève ne limite pas la prise d'otages aux civils et que la détention illégale n'est pas un élément constitutif de ce crime<sup>22</sup>.

15. L'Accusé demande l'autorisation de répondre à l'Accusation, indiquant qu'il est impératif de « corriger la mauvaise interprétation » que celle-ci a donnée de ses arguments concernant le chef 11<sup>23</sup>. Dans la réplique qu'il demande à présenter, il soutient que contrairement à ce que dit l'Accusation, l'Exception préjudicielle relative au chef 11 constitue bel et bien une exception d'incompétence, car tout grief formulé au sujet des éléments constitutifs d'un crime en droit international coutumier porte sur la compétence, citant à l'appui une décision rendue par la Chambre d'appel dans l'affaire *Gotovina*<sup>24</sup>. Il maintient que pour qu'il y ait prise d'otages en droit international coutumier, il faut notamment que les victimes soient des civils et qu'elles soient illégalement emprisonnées.

#### **D. Exception préjudicielle relative à la responsabilité pour omission**

16. Dans cette exception préjudicielle, l'Accusé demande à la Chambre de première instance d'ordonner à l'Accusation de supprimer dans l'Acte d'accusation les références à sa responsabilité pénale pour omission dans les paragraphes 30 et 31 (où il est question du fait de

<sup>21</sup> *Ibidem*, par. 49 à 57.

<sup>22</sup> Réponse relative au chef 11, par. 1 et 2.

<sup>23</sup> Réplique relative au chef 11, par. 1.

<sup>24</sup> *Ibidem*, par. 5.



planifier, inciter à commettre, ordonner et/ou aider et encourager un crime par omission) et dans le paragraphe 88 (où il est fait état d'omissions qui auraient donné lieu à des crimes contre l'humanité), et de ne pas présenter d'élément de preuve ou d'argument au sujet de sa responsabilité pour omission, sauf lorsqu'il est mis en cause en tant que supérieur hiérarchique, en application de l'article 7 3) du Statut<sup>25</sup>. L'Accusé soutient qu'en droit international, nul ne peut être tenu pénalement responsable de l'un des crimes énumérés dans l'Acte d'accusation du fait de ses omissions, à moins que sa responsabilité ne soit mise en œuvre sur la base de l'article 7 3) du Statut<sup>26</sup>. Ainsi, le Tribunal outrepassa ses pouvoirs s'il met en cause un accusé pour ses omissions, sauf s'il le met en cause en tant que supérieur hiérarchique<sup>27</sup>.

17. L'Accusé présente quatre arguments généraux à l'appui de ses allégations. Premièrement, il soutient que le Tribunal ne peut se prononcer sur une forme de responsabilité ou un crime sans s'être assuré au préalable qu'ils étaient bien prévus en droit international coutumier et que *rien* ne prouve que « la responsabilité pour omission », si ce n'est celle du supérieur hiérarchique, soit à présent reconnue en droit international coutumier et qu'il soit possible de tenir une personne responsable sur cette base en droit pénal international<sup>28</sup>. Deuxièmement, l'Accusé avance qu'on trouve dans la jurisprudence du Tribunal des références à la responsabilité pour omission pour le fait d'aider et encourager, de planifier, d'inciter à commettre et d'ordonner un crime, mais que les exemples donnés se rapportent en réalité à des actes positifs (et non à des omissions)<sup>29</sup> ou à la responsabilité des supérieurs hiérarchiques<sup>30</sup>. Troisièmement, l'Accusé fait valoir que la responsabilité du supérieur hiérarchique énoncée dans l'article 7 3) du Statut constitue « en droit pénal international la *lex specialis* pour la responsabilité pour omission » et qu'une personne ne peut être punie pour une omission que sur la base de cette forme de responsabilité reconnue, « faute de quoi le principe *nullum crimen sine lege* serait bafoué<sup>31</sup> ». Enfin, l'Accusé avance que « c'est à

<sup>25</sup> Exception préjudicielle relative à la responsabilité pour omission, par. 22 ; voir aussi Acte d'accusation, par. 30, 31 et 88.

<sup>26</sup> Exception préjudicielle relative à la responsabilité pour omission, par. 2.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> *Ibid.*, par. 2.1 et 4 à 9.

<sup>29</sup> *Ibid.*, par. 2.2 et 11.

<sup>30</sup> *Ibid.*, par. 12 à 16.

<sup>31</sup> *Ibid.*, par. 2.3, 19 et 20.

l'Accusation d'établir les formes de responsabilité sur lesquelles elle entend se fonder » et non à lui de prouver qu'elles n'existent pas<sup>32</sup>.

18. Dans sa Réponse relative à la responsabilité pour omission, l'Accusation demande à la Chambre de première instance de rejeter l'exception préjudicielle soulevée par l'Accusé puisque la Chambre d'appel a confirmé qu'un accusé pouvait, au regard du droit international coutumier, être tenu responsable pour omission sans pour autant qu'il soit mis en cause en tant que supérieur hiérarchique, et que l'Accusé n'a pas démontré qu'il existait des raisons impérieuses justifiant de s'écarter de la jurisprudence de la Chambre d'appel<sup>33</sup>. L'Accusation soutient que les décisions dans lesquelles la Chambre d'appel a reconnu l'existence de la responsabilité pour omission reflètent les sources du droit international coutumier<sup>34</sup> et que l'Accusé n'a pas démontré que ces précédents étaient « erronés<sup>35</sup> ».

19. L'Accusation soutient également que l'omission, lorsqu'il y a une obligation légale d'agir, peut engager la responsabilité d'un accusé pour plusieurs des modes de participation énumérés dans l'article 7 1) du Statut, et qu'un certain nombre d'accusés ont été déclarés coupables par le Tribunal pour avoir commis un crime, l'avoir aidé et encouragé ou y avoir contribué dans le cadre d'une entreprise criminelle commune du fait de leurs omissions<sup>36</sup>. Elle ajoute que la responsabilité du supérieur hiérarchique « n'est qu'une forme parmi d'autres de responsabilité pour omission » et que l'inaction d'un supérieur engager sa responsabilité tant au regard de l'article 7 1) que de l'article 7 3) du Statut, pour autant qu'il existe un lien de causalité entre l'omission et le crime<sup>37</sup>. Enfin, selon l'Accusation, « le principe *nullum crimen sine lege* n'est pas bafoué lorsqu'un accusé est reconnu responsable, en vertu du Statut du TPIY, d'un crime par omission sans être mis en cause en tant que supérieur hiérarchique », puisque la responsabilité pour omission est « à présent bien établie en droit international coutumier », et qu'en tout état de cause, c'est au Tribunal de définir les limites des différentes formes de responsabilité découlant de l'article 7 1) du Statut<sup>38</sup>.

<sup>32</sup> *Ibid.*, par. 2.4.

<sup>33</sup> Réponse relative à la responsabilité pour omission, par. 1 et 17.

<sup>34</sup> *Ibidem*, par. 7 à 12.

<sup>35</sup> *Ibid.*, par. 7.

<sup>36</sup> *Ibid.*, par. 2 à 4 ; voir aussi par. 5, renvoyant aux omissions pour avoir ordonné un crime, pour l'avoir planifié et incité à le commettre.

<sup>37</sup> *Ibid.*, par. 6.

<sup>38</sup> *Ibid.*, par. 16.

20. L'Accusé demande l'autorisation de présenter une réplique pour que la Chambre prenne connaissance des arguments par lesquels il réfute les affirmations de l'Accusation et les sources sur lesquelles elle s'appuie<sup>39</sup>. Il avance que l'Accusation ne s'est pas acquittée de l'obligation qui lui incombait d'établir « par des preuves » que la responsabilité pour omission, autre que celle d'un supérieur hiérarchique, existe en droit international coutumier<sup>40</sup> et que les références à la jurisprudence du Tribunal dans la réponse qu'elle a présentée conforte l'idée qu'une telle responsabilité n'a aucun fondement en droit international<sup>41</sup>.

#### **E. Exception préjudicielle relative aux crimes supposant une intention spécifique**

21. Dans cette exception préjudicielle, l'Accusé soutient que les allégations formulées sous les chefs 1 (génocide), 2 (génocide) et 3 (persécutions) devraient être supprimées dans la mesure où elles se rapportent à sa responsabilité pénale pour participation à l'entreprise criminelle commune de troisième catégorie, laquelle ne suppose pas l'intention spéciale requise pour ces crimes. Il avance qu'il n'est pas possible au regard de l'article 7 1) du Statut de se fonder sur la participation à cette catégorie d'entreprise pour le déclarer coupable — ou pour déclarer quiconque coupable — en tant qu'« auteur principal » d'un crime supposant une intention spéciale. À l'appui, il fait valoir qu'aucune affaire jugée par une juridiction internationale ou nationale ne donne à penser que cela puisse être le cas et que, de fait, dans les affaires où la question a été examinée, les juges sont parvenus à la conclusion inverse<sup>42</sup>. Il reconnaît que dans l'affaire *Brđanin*, la Chambre d'appel a conclu, à la majorité des juges, qu'un accusé pouvait être déclaré coupable de génocide pour sa participation à une entreprise criminelle commune de troisième catégorie. Cependant, il rappelle qu'un juge était « en désaccord » avec la conclusion de la Chambre d'appel<sup>43</sup>. Il ajoute que dans l'affaire *Krstić*, la Chambre d'appel a « implicitement rejeté » la décision rendue par la majorité des juges dans l'affaire *Brđanin* et que les juristes se sont invariablement montrés critiques à l'égard de celle-ci<sup>44</sup>. Il fait remarquer que le Tribunal ne s'est jamais demandé s'il était possible en droit coutumier de prononcer une déclaration de culpabilité pour des crimes supposant une intention spéciale commis dans le cadre d'une entreprise criminelle commune de troisième catégorie et

<sup>39</sup> Réplique relative à la responsabilité pour omission, par. 1.

<sup>40</sup> *Ibidem*, par. 2 ; voir aussi par. 7 à 15 et les exemples précis qui y sont donnés concernant l'absence de telles preuves.

<sup>41</sup> *Ibid.*, par. 3 à 6.

<sup>42</sup> Exception préjudicielle relative aux crimes supposant une intention spécifique, par. 1 à 5.

<sup>43</sup> *Ibidem*, par. 6 à 8.

<sup>44</sup> *Ibid.*, par. 9 à 11.

il entreprend d'analyser un certain nombre d'affaires jugées par des juridictions internationales ou nationales qui, à l'en croire, confortent sa position<sup>45</sup>.

22. L'Accusation répond que l'Exception préjudicielle relative aux crimes supposant une intention spécifique devrait être rejetée, car un accusé peut être raisonnablement tenu responsable de tels crimes commis dans le cadre de l'entreprise criminelle commune de troisième catégorie, telle qu'elle est reconnue en droit international coutumier. En outre, elle renvoie précisément à la décision rendue par la Chambre d'appel dans l'affaire *Brđanin* dans laquelle celle-ci a conclu que cette forme de responsabilité s'appliquait aux crimes supposant une intention spécifique et fait observer que la décision en question s'accompagnait non pas d'une opinion dissidente mais d'une opinion individuelle<sup>46</sup>. L'Accusation ajoute qu'il n'est pas nécessaire de rechercher les preuves d'une *opinio juris* et d'une pratique des États sur cette question puisque la Chambre d'appel a conclu que l'entreprise criminelle commune de troisième catégorie faisait partie du droit international coutumier et que ce droit, tel qu'il existe, peut raisonnablement s'appliquer aux crimes supposant une intention spécifique<sup>47</sup>. De plus, elle avance que l'Accusé « confond à tort l'élément moral qui s'attache à la forme de responsabilité et l'élément moral du crime » et souligne que la Chambre d'appel a conclu que cette forme de responsabilité, comme d'autres, ne suppose pas la preuve de l'intention de commettre un crime<sup>48</sup>. Enfin, l'Accusation fait remarquer que la Chambre d'appel a confirmé des déclarations de culpabilité prononcées pour des crimes supposant une intention spécifique, comme les persécutions ou les tortures, commis dans le cadre d'une entreprise criminelle commune de troisième catégorie et elle conteste l'interprétation donnée par l'Accusé de l'Arrêt *Krstić* et des décisions rendues dans d'autres affaires jugées au lendemain de la Deuxième Guerre mondiale<sup>49</sup>.

23. L'Accusé demande l'autorisation de répondre à l'Accusation afin de rectifier deux « erreurs » que celle-ci a commises, à savoir que « sa théorie de la responsabilité ne doit pas forcément cadrer avec le droit international coutumier » et que « si tel est le cas, le droit international coutumier n'exclut pas cette théorie<sup>50</sup> ». Il soutient que dans l'affaire *Rwamakuba*, la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour le Rwanda

<sup>45</sup> *Ibid.*, par. 12 à 45.

<sup>46</sup> Réponse relative aux crimes supposant une intention spécifique, par. 1.

<sup>47</sup> *Ibidem*, par. 3 à 7.

<sup>48</sup> *Ibid.*, par. 8 à 10.

<sup>49</sup> *Ibid.*, par. 11, 12 et 15 à 19.

<sup>50</sup> Réplique relative aux crimes supposant une intention spécifique, par. 2.

(le « TPIR ») a rejeté l'argument selon lequel il a été établi implicitement dans l'affaire *Brđanin* que « le droit coutumier autorisait l'application de [l'entreprise criminelle commune de troisième catégorie] à tous les crimes, y compris à ceux supposant une intention spécifique tels que le génocide et les persécutions<sup>51</sup> ». L'Accusé ajoute que la Chambre d'appel du TPIR s'est interrogée sur ce que prévoyait le droit coutumier sur ce point, mais s'est limitée à l'entreprise criminelle commune de première catégorie<sup>52</sup>.

#### **F. Exception préjudicielle relative à la responsabilité du supérieur hiérarchique**

24. Dans cette exception préjudicielle, l'Accusé demande à la Chambre de première instance de supprimer la deuxième référence à l'article 7 3) du Statut dans le paragraphe 35 de l'Acte d'accusation dans lequel il est tenu responsable en application de cet article des violations par ses subordonnés de ce même article<sup>53</sup>, puisque « la responsabilité multiple du supérieur hiérarchique » n'est pas prévue par l'article 7 3) du Statut, que le Tribunal outrepasserait ses pouvoirs s'il en connaît et qu'elle viole les principes fondamentaux du droit pénal<sup>54</sup>. L'Accusé indique que la jurisprudence du Tribunal relative à l'article 7 3) du Statut exige « un lien étroit » entre le supérieur et son subordonné, lien qui peut être établi par deux éléments : le « contrôle effectif » exercé par le supérieur sur le subordonné et la « connaissance » qu'a le supérieur des crimes du subordonné<sup>55</sup>. Compte tenu de cette condition, poursuit l'Accusé, « un supérieur ne peut être tenu responsable et puni que des crimes auxquels son subordonné a activement participé ou qu'il a effectivement commis<sup>56</sup> ». Ainsi, « le supérieur qui exerce un contrôle effectif sur « un supérieur intermédiaire » qui lui est directement subordonné, et qui sait que ce subordonné a manqué à son obligation d'agir, ne peut être tenu responsable sur la base de l'article 7 3) du Statut<sup>57</sup> ». Selon l'Accusé, si la notion de « responsabilité multiple du supérieur » était appliquée, il pourrait alors être tenu pénalement responsable « pour ne pas avoir prévenu ou puni des crimes que son subordonné, supérieur direct des auteurs des crimes, n'aurait pas lui-même empêchés ou punis<sup>58</sup> ».

<sup>51</sup> *Ibidem*, par. 5 et 6.

<sup>52</sup> *Ibid.*, par. 7 et 8.

<sup>53</sup> Exception préjudicielle relative à la responsabilité du supérieur hiérarchique, par. 1 et 20.

<sup>54</sup> *Ibidem*, par. 2, 5 à 7 et 12.

<sup>55</sup> *Ibid.*, par. 2.1, 2.2 et 4 à 8.

<sup>56</sup> *Ibid.*, par. 2.3.

<sup>57</sup> *Ibid.*, par. 8.

<sup>58</sup> *Ibid.*, par. 12.

L'Accusation avance enfin qu'« un supérieur ne peut être tenu responsable et puni des crimes auxquels son subordonné a participé par omission<sup>59</sup> ».

25. Dans sa réponse, l'Accusation soutient, encore une fois, que l'Accusé ne soulève pas une exception d'incompétence au sens de l'article 72 A) i) du Règlement, car ses arguments portent sur les contours d'une forme de responsabilité, question qui doit être tranchée au procès<sup>60</sup>. À titre subsidiaire, l'Accusation avance qu'un supérieur *peut* être tenu responsable en application de l'article 7 3) du Statut pour le manquement de ses subordonnés à leur obligation de prévenir ou de punir des crimes commis par des personnes sur lesquelles il exerce un contrôle effectif<sup>61</sup>. S'appuyant sur la jurisprudence du Tribunal, le droit international coutumier et d'autres sources, l'Accusation fait valoir que, aux termes de l'article 7 3), les crimes « commis » par un subordonné s'entendent de tout acte criminel que celui-ci a perpétré selon l'un des modes de participation prévus par le Statut, y compris ceux commis matériellement par d'autres personnes placées sous son commandement, et dont il est tenu responsable en tant que supérieur hiérarchique<sup>62</sup>. En outre, l'Accusation indique que « la responsabilité pénale d'un supérieur s'entend non seulement de la participation active de ses subordonnés aux crimes mais aussi de leurs omissions<sup>63</sup> ».

26. L'Accusé demande l'autorisation de présenter une réplique sur cette question qui lui permettrait de réfuter les arguments de l'Accusation et qui pourrait aider la Chambre de première instance pendant ses délibérations. L'Accusé n'est pas d'accord avec l'Accusation pour dire qu'il ne soulève pas à proprement parler une exception d'incompétence. Il soutient également que l'Accusation n'a pas démontré que la notion de responsabilité multiple du supérieur était reconnue en droit international coutumier à l'époque des faits ou à une autre époque et n'a mis en avant aucune affaire portée devant le Tribunal dans laquelle un accusé a été déclaré coupable pour le manquement de son subordonné à son obligation de prévenir ou punir les crimes<sup>64</sup>.

<sup>59</sup> *Ibid.*, par. 15 ; voir aussi par. 14.

<sup>60</sup> Réponse relative à la responsabilité du supérieur hiérarchique, par. 1 à 5.

<sup>61</sup> *Ibidem*, par. 8 à 14 et 23.

<sup>62</sup> *Ibid.*, par. 15 à 19 et 27.

<sup>63</sup> *Ibid.*, par. 21, 22 et 26.

<sup>64</sup> Réplique relative à la responsabilité du supérieur hiérarchique, par. 8 à 21.

### III. Exceptions d'incompétence

27. L'article 72 du Règlement dispose notamment :

A) Les exceptions préjudicielles, à savoir :

i) l'exception d'incompétence,

[...]

doivent être enregistrées par écrit et au plus tard trente jours après que le Procureur a communiqué à la défense toutes les pièces jointes et déclarations visées à l'article 66 A) i). La Chambre se prononce sur ces exceptions préjudicielles dans les soixante jours suivant leur dépôt et avant le début des déclarations liminaires visées à l'article 84 ci-après.

[...]

D) Aux fins des paragraphes A) i) et B) i) *supra*, l'exception d'incompétence s'entend exclusivement d'une objection selon laquelle l'acte d'accusation ne se rapporte pas :

i) à l'une des personnes mentionnées aux articles 1, 6, 7 et 9 du Statut

ii) aux territoires mentionnés aux articles 1, 8 et 9 du Statut

iii) à la période mentionnée aux articles 1, 8 et 9 du Statut

iv) à l'une des violations définies aux articles 2, 3, 4, 5 et 7 du Statut.

28. L'Accusé qualifie les six documents qu'il présente d'exceptions d'incompétence au sens de l'article 72 D) iv) du Règlement, alors que l'Accusation estime que la plupart des griefs qui y sont formulés ne mettent pas à proprement parler en cause la compétence du Tribunal. C'est cette question que la Chambre de première instance va examiner en premier.

29. L'Accusé ne conteste pas que le Tribunal est habilité à juger a) les persécutions constitutives d'un crime contre l'humanité, en application de l'article 5 du Statut, b) la forme de responsabilité découlant de la participation à une entreprise criminelle commune de troisième catégorie, sur la base de l'article 7 du Statut, c) la prise d'otages, constitutive d'une « violation des lois ou coutumes de la guerre », en application de l'article 3 du Statut, d) la participation à un crime, selon les différents modes énumérés à l'article 7 1) du Statut, e) les crimes supposant une intention spécifique et f) la responsabilité mise en œuvre selon le principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique. En revanche, il soutient que la manière dont ces crimes et ces formes de responsabilité sont exposés dans l'Acte d'accusation est erronée puisque l'Accusation se trompe sur i) les actes qui peuvent être qualifiés de persécutions au sens de l'article 5 h), ii) les éléments moraux requis pour mettre en œuvre la responsabilité pour participation à une entreprise criminelle commune de troisième catégorie,

iii) les éléments matériels de la prise d'otages en droit international coutumier, iv) les éléments requis pour les modes de participation visés à l'article 7 1) et la question de savoir si ceux-ci exigent des actes positifs ou des omissions, v) le lien entre les crimes supposant une intention spécifique et l'entreprise criminelle commune et vi) la manière dont les éléments constitutifs de la responsabilité du supérieur hiérarchique visée à l'article 7 3) peuvent être établis.

30. Citant à l'appui une décision rendue par la Chambre d'appel dans l'affaire *Gotovina*, l'Accusé soutient que les griefs qui remettent en cause les éléments d'un crime au regard du droit international coutumier portent sur la compétence. Cependant, la décision en question ne conforte pas clairement sa thèse. Dans cette affaire, l'appelant a soulevé quatre moyens d'appel pour attaquer la décision rendue par la Chambre de première instance et a soutenu que ces moyens d'appel mettaient en cause la compétence du Tribunal parce qu'ils démontraient que l'acte d'accusation violait le principe *nullum crimen sine lege* en élargissant la définition des crimes au-delà de celle que leur donne le droit coutumier. La Chambre d'appel a cependant conclu qu'aucun des griefs formulés ne portait sur la compétence. Concernant le premier moyen dans lequel l'appelant faisait valoir que le Tribunal ne pouvait juger l'expulsion et le transfert forcé que si ces crimes avaient été commis sur un « territoire occupé<sup>65</sup> », la Chambre d'appel a estimé :

[L]'Appelant ne conteste pas la compétence [qu'a le] Tribunal pour connaître [des crimes contre l'humanité que sont l'expulsion et le transfert forcé], lesquels sont exposés dans l'Acte d'accusation conjoint en fonction de la définition et des éléments constitutifs qu'en donne le droit international coutumier et qui ressortent de la jurisprudence du Tribunal. Il affirme plutôt que la définition de l'élément matériel de ces crimes doit être interprétée strictement et être limitée au déplacement de personnes depuis un territoire occupé. Ce sont là des arguments que l'Appelant pourra exposer au procès, mais qui ne remettent pas en cause la compétence *ratione materiae* du Tribunal<sup>66</sup>.

La Chambre d'appel a tenu les mêmes propos concernant les deuxième et quatrième moyens d'appel<sup>67</sup>. L'Accusé semble penser que si Ante Gotovina avait fait valoir que les éléments constitutifs de l'expulsion et du transfert forcé n'étaient pas exposés dans l'acte d'accusation conformément à la définition qu'en donne le droit international coutumier, la Chambre d'appel aurait alors considéré que le grief soulevé portait sur la compétence. Mais si la Chambre d'appel ne s'est pas prononcée sur la question, c'est justement parce qu'elle considérait que ce n'était pas le cas. En effet, concernant le quatrième moyen soulevé par Ante

<sup>65</sup> *Le Procureur c/ Gotovina et consorts*, affaire n° IT-06-90-AR72.1, Décision relative à l'appel interlocutoire formé par Ante Gotovina contre la décision relative à plusieurs exceptions d'incompétence, 6 juin 2007 (« Décision *Gotovina* relative aux exceptions d'incompétence »), par. 11.

<sup>66</sup> *Ibidem*, par. 15.

<sup>67</sup> *Ibid.*, par. 18 et 24.



Gotovina, qui à l'instar de l'Exception préjudicielle relative à la prévisibilité des crimes s'attachait à l'élément moral requis pour l'entreprise criminelle commune de troisième catégorie, la Chambre d'appel a indiqué :

Pour ce qui est de l'objection de l'Appelant selon laquelle l'Accusation aurait incorrectement exposé un élément de cette forme de responsabilité, la question concerne la forme de l'acte d'accusation et non pas la compétence du Tribunal<sup>68</sup>.

31. Depuis, la Chambre d'appel a confirmé la conclusion tirée par la Chambre de première instance saisie de l'affaire *Tolimir* selon laquelle des griefs similaires à ceux formulés en l'espèce « portent sur des questions de droit et de preuve qui peuvent être soulevées et discutées comme il convient pendant le procès<sup>69</sup> ». Dans cette affaire, Zdravko Tolimir avait mis en cause la manière dont le génocide et l'entente en vue de commettre le génocide étaient exposés dans l'acte d'accusation et fait valoir que « certains actes ne peuvent être constitutifs de génocide parce que dans l'acte d'accusation, il n'est pas dit qu'ils étaient le résultat d'"une intention génocidaire" mais la conséquence naturelle et prévisible de l'exécution de l'entreprise criminelle commune ». L'accusé a également contesté l'applicabilité de la théorie de l'entreprise criminelle commune pour établir la responsabilité pour génocide et entente en vue de commettre le génocide<sup>70</sup>. En d'autres termes, les questions soulevées étaient similaires à celles soulevées dans l'Exception préjudicielle relative aux crimes supposant une intention spécifique. La Chambre d'appel a conclu :

Même si, au premier abord, les griefs formulés semblent porter sur la compétence *ratione materiae*, Zdravko Tolimir ne dit pas qu'il est poursuivi pour un crime qui ne relève pas de la compétence *ratione materiae* du Tribunal. Zdravko Tolimir doit répondre de génocide et d'entente en vue de commettre le génocide qui relèvent de la compétence *ratione materiae* du Tribunal, quel que soit le lien entre ces crimes et les entreprises criminelles communes et que l'Accusation ait ou non exposé suffisamment ou correctement leurs éléments matériels et moraux<sup>71</sup>.

Cette décision cadre avec celle rendue par la Chambre de première instance dans l'affaire *Milutinović et consorts* où celle-ci a indiqué à propos d'un grief formulé par l'un des accusés, Dragoljub Ojdanić :

[C]et argument ne pose pas la question de la compétence du Tribunal pour ce qui est des activités d'une entreprise criminelle commune, mais porte sur les limites de la responsabilité découlant de la participation à une entreprise criminelle commune. Comme

<sup>68</sup> *Ibid.*, par. 24.

<sup>69</sup> *Le Procureur c/ Tolimir*, affaire n° IT-05-88/2-AR72.1, *Decision on Tolimir's "Interlocutory Appeal Against the Decision of the Trial Chamber on the Part of the Second Preliminary Motion Concerning the Jurisdiction of the Tribunal"*, 25 février 2009 (« *Décision Tolimir* »), par. 10, citant *Decision on Second Preliminary Motion on the Indictment Pursuant to Rule 72 of the Rules*, 1<sup>er</sup> octobre 2008, par. 37.

<sup>70</sup> *Ibidem*, par. 7.

<sup>71</sup> *Ibid.*, par. 10 [notes de bas de page non reproduites, non souligné dans l'original].

les griefs concernant les contours d'un crime relevant de la compétence du Tribunal, ceux portant sur les limites d'une forme de responsabilité sont des questions à trancher au procès. Pour Dragoljub Ojdanić, comme pour chacun de ses coaccusés, tous poursuivis pour avoir participé à une entreprise criminelle commune, la question qui se posera au procès sera de savoir s'il a été établi qu'ils ont commis des crimes en participant à l'entreprise criminelle<sup>72</sup>.

32. Pour ces raisons, la Chambre de première instance conclut qu'aucune des exceptions préjudicielles soulevées en l'espèce ne constitue une exception d'incompétence au sens de l'article 72 D) iv) du Règlement. En outre, elle estime que s'agissant de l'Exception préjudicielle relative aux crimes supposant une intention spécifique, il convient d'ajouter que même si l'on *devait* considérer que les arguments présentés par l'Accusé touchaient à la compétence, la Chambre de première instance les aurait rejetés, car la Chambre d'appel a clairement conclu qu'il était possible de prononcer des déclarations de culpabilité pour génocide, crime supposant une intention spécifique, en se fondant sur la participation à une entreprise criminelle commune de troisième catégorie. En effet, contrairement à ce que dit l'Accusé, la Décision *Brđanin* a été rendue à l'unanimité. Le Juge Shahabuddeen y a joint une opinion individuelle dans laquelle il était d'accord avec les autres juges et expliquait qu'à son avis, les circonstances particulières de l'entreprise criminelle commune de troisième catégorie pouvaient établir l'intention spécifique qui animait la personne accusée de génocide. En d'autres termes, le Juge Shahabuddeen estimait que l'intention spécifique pouvait être établie par le caractère prévisible du crime<sup>73</sup>. La Chambre de première instance estime également que contrairement à ce que soutient l'Accusé, la Chambre d'appel du TPIR a clairement dit dans la décision rendue dans l'affaire *Rwamakuba* qu'il était possible, en droit international coutumier, de poursuivre un accusé pour génocide dans le cadre *des trois catégories* de l'entreprise criminelle commune :

La Chambre d'appel considère que le droit international coutumier reconnaissait avant 1992 l'application de la théorie de l'entreprise criminelle commune au génocide et qu'en conséquence, l'affirmation dans l'Arrêt *Tadić* allant dans ce sens est correcte en droit. Le [TPIR] est donc compétent pour juger l'Appelant pour génocide commis dans le cadre d'une entreprise criminelle commune<sup>74</sup>.

33. Ayant conclu que les six exceptions préjudicielles ne constituaient pas des exceptions d'incompétence, la Chambre de première instance estime que les allégations formulées dans

<sup>72</sup> *Le Procureur c/ Milutinović et consorts*, affaire n° IT-05-87-PT, Décision relative à l'exception préjudicielle d'incompétence soulevée par Dragoljub Ojdanić (coaction indirecte), 22 mars 2006, par. 23 [notes de bas de page non reproduites].

<sup>73</sup> *Le Procureur c/ Brđanin*, affaire n° IT-99-36-A, Décision relative à l'appel interlocutoire, 19 mars 2004, Opinion individuelle du Juge Shahabuddeen, par. 1 à 6.

<sup>74</sup> *André Rwamakuba c/ Le Procureur*, affaire n° ICTR-98-44-AR72.4, *Decision on Interlocutory Appeal Regarding Application of Joint Criminal Enterprise to the Crime of Genocide*, 22 octobre 2004, par. 31.

certaines d'entre elles doivent être examinées comme des objections relatives aux vices de forme de l'Acte d'accusation au sens de l'article 72 A) ii) du Règlement et elle va les examiner sous cet angle. En effet, dans l'Exception préjudicielle relative au paragraphe 60 k), l'Accusé demande la suppression de ce paragraphe en mettant en cause à titre subsidiaire les vices qui entachent l'Acte d'accusation.

### **III. Vices de forme de l'Acte d'accusation**

34. L'article 18 4) du Statut dispose que s'il décide qu'il y a lieu d'engager des poursuites, le Procureur établit un acte d'accusation « dans lequel il expose succinctement les faits et le crime ou les crimes qui sont reprochés à l'accusé en vertu du Statut ». L'article 21 4) du Statut reconnaît à tout accusé certaines garanties minimales, notamment le droit d'être informé, dans le plus court délai, et de façon détaillée de la nature et des motifs de l'accusation portée contre lui. Enfin, l'article 47 du Règlement s'attache avec plus de détails à la forme que doit revêtir l'acte d'accusation dressé par le Procureur et dispose en son paragraphe C), que celui-ci doit préciser le nom du suspect et les renseignements personnels le concernant et présenter une relation concise des faits de l'affaire et de la qualification qu'ils revêtent. La Chambre d'appel a souligné à plusieurs reprises que l'obligation faite à l'Accusation par l'article 18 4) du Statut et l'article 47 C) du Règlement d'exposer succinctement dans l'acte d'accusation les faits et les crimes reprochés, doit être interprétée à la lumière des droits énoncés dans les articles 21 2) et 21 4) a) et b) du Statut qui disposent que l'accusé a le droit d'être informé de la nature et des motifs des accusations retenues contre lui et de disposer du temps et des facilités nécessaires pour préparer sa défense<sup>75</sup>.

35. Ainsi, la fonction première d'un acte d'accusation est d'informer de manière concise l'accusé de la nature des accusations dont il a à répondre et de présenter les faits sur lesquelles celles-ci se fondent<sup>76</sup>. L'Accusation est tenue d'exposer les faits essentiels qui sous-tendent les

<sup>75</sup> Voir, par exemple, *Le Procureur c/ Naletilić et consorts*, affaire n° IT-98-34-A, Arrêt, 3 mai 2006 (« Arrêt Naletilić »), par. 23 ; *Le Procureur c/ Kvočka et consorts*, affaire n° IT-98-30/1-A, Arrêt, 28 février 2005, (« Arrêt Kvočka »), par. 27 ; *Le Procureur c/ Blaškić*, affaire n° IT-95-14-A, Arrêt, 29 juillet 2004 (« Arrêt Blaškić »), par. 209 ; *Le Procureur c/ Kupreškić*, affaire n° IT-95-16-A, Arrêt, 23 octobre 2001 (« Arrêt Kupreškić »), par. 88.

<sup>76</sup> *Le Procureur c/ Blaškić*, affaire n° IT-95-14, Décision sur l'exception préjudicielle soulevée par la Défense aux fins de rejeter l'acte d'accusation pour vices de forme (imprécision/notification inadéquate des charges), 4 avril 1997 ; *Le Procureur c/ Krnojelac*, affaire n° IT-97-25, Décision relative à l'exception préjudicielle pour vices de forme de l'acte d'accusation modifié, 11 février 2000, par. 17 ; *Le Procureur c/ Brđanin*, affaire n° IT-99-36-T, Décision relative à l'exception préjudicielle soulevée par Momir Talić pour vices de forme de l'acte d'accusation modifié, 20 février 2001, par. 18.

accusations<sup>77</sup>. C'est la nature de la cause de l'Accusation qui détermine si un fait est ou non essentiel, et surtout la nature du comportement criminel reproché à l'accusé, notamment l'étroitesse du lien qui existe entre lui et les faits incriminés<sup>78</sup>.

36. En conséquence, lorsqu'elle se fonde sur l'entreprise criminelle commune pour mettre en cause un accusé, l'Accusation doit préciser le but de l'entreprise, l'identité de ses participants et la nature de la participation de l'accusé à celle-ci<sup>79</sup>. Il va de soi que les faits concernant la nature de la participation de l'accusé à l'entreprise criminelle commune qui doivent être exposés dépendent des éléments juridiques requis pour cette forme de responsabilité, y compris l'élément moral. De même, les faits concernant sa participation à un crime qui doivent être exposés dépendent de l'infraction sous-jacente alléguée et de ses éléments constitutifs. Déterminer si l'identité des victimes, le lieu et la date des crimes sont des faits « essentiels » dépend d'une part de la nature du dossier à charge et repose sur un examen au cas par cas qui exige de se demander si l'ampleur des crimes ne rend pas impossible un degré de précision élevé, et, d'autre part, de l'étroitesse du lien qui existe entre l'accusé et les faits incriminés<sup>80</sup>. En outre, il est de jurisprudence établie que l'Accusation doit, dans la mesure du possible, préciser l'identité des victimes<sup>81</sup>.

#### A. Exception préjudicielle relative au paragraphe 60 k)

37. L'article 5 du Statut dispose :

Le Tribunal international est habilité à juger les personnes présumées responsables des crimes suivants lorsqu'ils ont été commis au cours d'un conflit armé, de caractère international ou interne, et dirigés contre une population civile quelle qu'elle soit :

- a) assassinat ;
- b) extermination ;
- c) réduction en esclavage ;
- d) expulsion ;
- e) emprisonnement ;
- f) torture ;

<sup>77</sup> *Le Procureur c/ Hadžihasanović*, affaire n° IT-01-47, Décision relative à la forme de l'acte d'accusation, 7 décembre 2001, par. 12 ; Arrêt *Kupreškić*, par. 88.

<sup>78</sup> Arrêt *Kupreškić*, par. 89 ; *Le Procureur c/ Deronjić*, affaire n° IT-02-61, Décision relative à l'exception préjudicielle pour vices de forme de l'acte d'accusation, 25 octobre 2002, par. 5.

<sup>79</sup> Arrêt *Kvočka*, par. 28.

<sup>80</sup> Voir, par exemple, *Le Procureur c/ Gotovina*, affaire n° IT-06-90-AR73.3 Décision relative à l'appel interlocutoire interjeté conjointement par les accusés contre la décision de la Chambre de première instance concernant la demande conjointe des accusés tendant à l'exclusion des précisions supplémentaires apportées par l'Accusation sur l'identité des victimes, 26 janvier 2009 (« Décision *Gotovina* relative aux victimes »), par. 17 ; Arrêt *Naletilić*, par. 24 ; Arrêt *Blaškić*, par. 210 ; Arrêt *Kupreškić*, par. 89 et 90.

<sup>81</sup> Décision *Gotovina* relative aux victimes, par. 19 ; Arrêt *Kupreškić*, par. 90 ; Arrêt *Kvočka*, par. 28 ; Arrêt *Blaškić*, par. 210.

- g) viol ;
- h) persécutions pour des raisons politiques, raciales et religieuses ;
- i) autres actes inhumains.

38. La Chambre d'appel a souligné à plusieurs reprises que si les actes de persécution au sens de l'article 5 h) du Statut ne doivent pas nécessairement constituer en soi des crimes en droit international, ils doivent, lorsqu'ils sont pris isolément ou avec d'autres actes, présenter le même degré de gravité que les actes sous-jacents énumérés dans l'article 5 du Statut<sup>82</sup>. Pour déterminer si ces actes présentent ce degré de gravité, la Chambre d'appel a donné les précisions suivantes :

[T]el qu'il est expliqué plus haut, il n'est pas nécessaire que chaque acte sous-jacent de persécution soit de gravité équivalente aux autres crimes contre l'humanité : les actes sous-jacents de persécution peuvent être considérés ensemble. L'effet cumulatif de tous les actes sous-jacents doit être d'une gravité équivalente aux autres crimes contre l'humanité. Par ailleurs, le contexte dans lequel ces actes sous-jacents s'inscrivent est particulièrement important pour en apprécier la gravité<sup>83</sup>.

39. Dans le jugement rendu dans l'affaire *Brđanin*, la Chambre de première instance a conclu que « le fait de priver [des personnes du droit à l'emploi, à la liberté de circulation, à une procédure régulière et aux soins médicaux nécessaires] est aussi grave que les autres crimes énumérés à l'article 5 du Statut<sup>84</sup> ».

40. Dans le jugement rendu dans l'affaire *Krajišnik*, la Chambre de première instance a passé en revue la jurisprudence pertinente et a dit ce qui suit :

[L]es différents actes mentionnés [dans] l'Acte d'accusation [à savoir i) les restrictions apportées à la liberté de circulation ; ii) l'interdiction de travailler, qui s'est traduite par des purges à la tête des administrations locales et de la police, et par des licenciements massifs ; iii) les atteintes à la vie privée que sont les fouilles arbitraires de maisons ; iv) le refus de reconnaître le droit d'être entendu par le juge, et v) le refus d'un accès égal aux services publics], qui ont été commis pour des raisons discriminatoires (autrement dit qui sont discriminatoires dans les faits et par l'intention qui les a inspirés) et qui remplissent les conditions générales nécessaires pour être qualifiés de crimes contre l'humanité constituent des persécutions lorsqu'ils sont couplés à d'autres actes<sup>85</sup>.

En conséquence, la Chambre de première instance a conclu :

<sup>82</sup> *Le Procureur c/ Brđanin*, affaire n° IT-99-36-A, Arrêt, 3 avril 2007 (« Arrêt *Brđanin* »), par. 296 ; Arrêt *Kvočka*, par. 321 à 323. Voir aussi *Le Procureur c/ Simić*, affaire n° IT-95-9-A, Arrêt, 28 novembre 2006, par. 177 ; Arrêt *Naletilić*, par. 574 ; Arrêt *Blaškić*, par. 135 ; *Le Procureur c/ Krnojelac*, affaire n° IT-95-27-A, Arrêt, 17 septembre 2003, par. 199 et 221.

<sup>83</sup> *Le Procureur c/ Nahimana*, affaire n° ICTR-99-52-A, Arrêt, 28 novembre 2007 (« Arrêt *Nahimana* »), par. 987.

<sup>84</sup> *Le Procureur c/ Brđanin*, affaire n° IT-99-36-T, Jugement, 1<sup>er</sup> septembre 2004 (« Jugement *Brđanin* »), par. 1049.

<sup>85</sup> *Le Procureur c/ Krajišnik*, affaire n° IT-00-39-T, Jugement, 27 septembre 2006 (« Jugement *Krajišnik* »), par. 741.

[L]es mesures restrictives et discriminatoires, comme les licenciements, les restrictions à la liberté de circulation, les violations du droit à la vie privée et le refus de l'égalité d'accès aux services publics participaient d'une attaque généralisée et systématique contre la population civile musulmane et croate. Par conséquent, la Chambre conclut que l'application de toutes ces mesures restrictives et discriminatoires contre les Musulmans et les Croates constitue des persécutions assimilables à un crime contre l'humanité<sup>86</sup>.

41. Dans l'affaire *Brđanin*, la Chambre d'appel a rejeté l'argument selon lequel, en droit, le refus de reconnaître le droit à l'emploi, à la liberté de circulation, à une procédure régulière et aux soins médicaux nécessaires échappait à la compétence du Tribunal parce qu'il ne constituait pas une violation grave du droit international humanitaire<sup>87</sup>. La Chambre d'appel a estimé : « Puisqu'il s'agit là du seul argument avancé contre la règle de droit énoncée par la Chambre de première instance et que Radoslav Brđanin ne dit pas que celle-ci a commis une erreur de fait en concluant que le refus de reconnaître ces droits atteignait le même degré de gravité que les autres crimes énumérés à l'article 5 du Statut<sup>88</sup>. »

42. La Chambre de première instance considère que pour déterminer si certains actes présentent le degré de gravité requis pour être qualifiés de persécutions, il faut procéder en deux temps: i) déterminer *in abstracto* si ces actes *peuvent* en droit atteindre le degré de gravité requis et ii) déterminer, compte tenu des éléments de preuve présentés au procès, si ces actes *atteignent* dans les faits le degré de gravité requis. La Chambre de première instance est d'accord avec l'Accusation pour dire que la gravité des actes incriminés est une question de fait qui ne peut être tranchée qu'au procès, mais elle estime que pour s'assurer que l'Acte d'accusation ne souffre d'aucun vice, il faut examiner si ces actes peuvent être de même gravité que les autres crimes énumérés à l'article 5 du Statut et donc constitutifs de persécutions, un crime contre l'humanité. En conséquence, la Chambre de première instance examinera l'argument de l'Accusé selon lequel les actes énumérés au paragraphe 60 k) de l'Acte d'accusation, pris isolément ou ensemble, n'atteignent pas le même degré de gravité que les autres crimes contre l'humanité.

43. La Chambre de première instance rappelle le principe établi et suivi dans la pratique, qui est clairement énoncé dans l'Arrêt *Nahimana* : « L'effet cumulatif de tous les actes sous-jacents doit être d'une gravité équivalente aux autres crimes contre l'humanité<sup>89</sup>. » Certains actes décrits au paragraphe 60 k) de l'Acte d'accusation étaient également incriminés dans l'affaire *Brđanin* et la Chambre de première instance saisie de celle-ci a conclu que, pris

<sup>86</sup> *Ibidem*, par. 790.

<sup>87</sup> Arrêt *Brđanin*, par. 295 à 297.

<sup>88</sup> *Ibidem*, par. 297.

<sup>89</sup> Arrêt *Nahimana*, par. 987.

ensemble, ils pouvaient atteindre le degré de gravité requis en droit pour être qualifiés de persécutions, ce que la Chambre d'appel a confirmé. Dans l'affaire *Krajišnik*, la Chambre de première instance a estimé que des actes quasiment identiques à ceux énumérés au paragraphe 60 k) de l'Acte d'accusation<sup>90</sup> pouvaient être qualifiés de persécutions lorsqu'ils étaient couplés à d'autres actes sous-tendant ce crime. Ayant relu le paragraphe 60 k), la Chambre de première instance est convaincue que les actes qui y sont décrits, pris ensemble, peuvent atteindre le même degré de gravité que les autres crimes contre l'humanité et constituer des persécutions au sens de l'article 5 du Statut. Partant, elle est également convaincue qu'ils peuvent présenter ce même degré de gravité lorsqu'ils sont couplés aux actes décrits dans d'autres alinéas du paragraphe 60 de l'Acte d'accusation. Pour ce qui est de l'argument de l'Accusé selon lequel les actes en cause ne peuvent être cumulés pour constituer un crime contre l'humanité lorsqu'ils ont été commis dans le cadre d'une entreprise criminelle commune, la Chambre de première instance fait observer que dans les deux affaires susmentionnées, les accusés étaient mis en cause pour participation à une entreprise criminelle commune<sup>91</sup> ou pour avoir agi « de concert » avec d'autres personnes<sup>92</sup>. La question de savoir qui a commis tel ou tel acte, où et à quelle date et celle de savoir si ces actes peuvent être cumulés pour être qualifiés de crime contre l'humanité sont des questions de fait et de droit qui doivent être tranchées au procès. Il ne s'agit pas ici de s'interroger sur la compétence du Tribunal, mais de se demander si les termes du paragraphe 60 k) de l'Acte d'accusation présentent bien un lien avec l'accusation de persécutions, ce qui est manifestement le cas, vu l'analyse qui précède.

44. S'agissant du deuxième argument de l'Accusé selon lequel le paragraphe 60 k) devrait être supprimé, car il lui est impossible de se défendre contre les allégations très vagues qui y sont formulées, la Chambre de première instance fait observer qu'il est question dans cette affaire de persécutions constitutives d'un crime contre l'humanité commises dans 28 régions pendant plus de trois ans. Compte tenu de l'ampleur de la campagne de persécutions et de sa durée, ainsi que de la place élevée de l'Accusée dans la hiérarchie et du fait que l'Accusation ne dit pas que celui-ci a matériellement commis l'un quelconque de ces crimes, la Chambre de première instance estime que l'Accusation a, vu l'ensemble des circonstances de l'espèce, informé suffisamment l'Accusé des accusations portées contre lui. Lorsque l'identité des

<sup>90</sup> Cf. *Le Procureur c/ Krajišnik*, affaire n° IT-00-39-PT, Acte d'accusation consolidé modifié, 7 mars 2002 (« Acte d'accusation *Krajišnik* »), par. 19 a).

<sup>91</sup> *Le Procureur c/ Brđanin et consorts*, affaire n° IT-99-36-PT, Deuxième Acte d'accusation modifié, 6 octobre 2004, par. 21 et suiv.

<sup>92</sup> Acte d'accusation *Krajišnik*, par. 26.

victimes ne peut être précisée, la référence à la catégorie ou au groupe auquel elles appartenaient suffit<sup>93</sup>, référence qui peut suffire également pour désigner ceux qui ont matériellement commis les crimes<sup>94</sup>. La Chambre de première instance considère que les actes décrits au paragraphe 60 k), ainsi que la précision, donnée ailleurs dans l'Acte d'accusation, selon laquelle les persécutions ont été commises dans des municipalités connues et pendant la période des faits suffisent pour informer clairement l'Accusé des accusations portées contre lui.

## **B. Exception préjudicielle relative à la prévisibilité des crimes**

45. Compte tenu des conclusions tirées par la Chambre d'appel dans l'affaire *Gotovina* à propos d'un grief similaire<sup>95</sup>, la Chambre de première instance considère que l'Exception préjudicielle relative à la prévisibilité des crimes peut, et devrait de fait, être considérée comme une exception préjudicielle pour vices de forme de l'Acte d'accusation au sens de l'article 18 4) du Statut et de l'article 47 C) du Règlement. Ainsi qu'il a été dit plus haut au paragraphe 10, l'Accusé relève un certain flou dans la jurisprudence du Tribunal concernant les éléments moraux qui s'attachent à l'entreprise criminelle commune de troisième catégorie. En substance, il faut se demander dans quelle mesure l'accusé doit avoir prévu les crimes pour en être tenu responsable (le « degré de prévisibilité requis chez l'accusé »). Si la question de savoir si l'accusé doit prévoir que des crimes qui n'entrent pas dans le cadre d'un projet commun ou s'en écartent sont possibles ou probables peut sembler purement théorique, l'accusé a, dans le système accusatoire du Tribunal, le droit de connaître, avant le début du procès, l'élément moral retenu pour mettre en cause sa responsabilité pénale individuelle. La Chambre de première instance observe que l'Accusation s'appuie sur le critère défini dans l'affaire *Vasiljević*, mais elle observe également que de nombreuses formulations ont été utilisées dans d'autres affaires pour énoncer les règles applicables. Elle estime qu'il y a lieu de régler cette question dès à présent.

<sup>93</sup> *Le Procureur c/ Brđanin et consorts*, affaire n° IT-99-36-PT, Décision relative à l'exception préjudicielle soulevée par Momir Talić pour vices de forme de l'acte d'accusation modifié, 20 février 2001, par. 22 ; *Le Procureur c/ Krnojelac*, affaire n° IT-97-25-PT, Décision relative à l'exception préjudicielle de la Défense pour vices de forme de l'acte d'accusation, 24 février 1999, par. 55.

<sup>94</sup> *Le Procureur c/ Krajišnik*, affaire n° IT-00-39-PT, Décision relative à l'exception préjudicielle du défendeur fondée sur des vices de forme de l'acte d'accusation, 1<sup>er</sup> août 2000, par. 9 ; *Le Procureur c/ Kvočka et consorts*, affaire n° IT-95-30-PT, Décision relative aux exceptions préjudicielles de la Défense portant sur la forme de l'acte d'accusation, 12 avril 1999, par. 22.

<sup>95</sup> Voir *supra*, par. 29.



46. Si la question de savoir si l'accusé doit prévoir que des crimes qui s'écartent du projet commun sont possibles et non probables est essentielle, d'autres conditions concernant l'élément moral requis ont été examinées à plusieurs reprises, notamment dans l'Arrêt *Tadić* où ont été formulées pour la première fois les catégories de l'entreprise criminelle commune, et dont il ressort, en général, que la définition de cet élément moral englobe d'autres sous-éléments qui s'ajoutent au fait que l'accusé doit avoir effectivement prévu les crimes. Il est à noter que les Chambres ont vu dans cet élément des conditions objective et subjective. Dans le Jugement *Krajišnik* rendu en septembre 2006, la Chambre de première instance a ainsi résumé les choses :

Deux conditions sont nécessaires à la mise en œuvre de la responsabilité des participants à l'entreprise criminelle commune, l'une objective, l'autre subjective. La condition objective n'a rien à voir avec la *mens rea* de l'accusé. Il faut que le crime ait été la conséquence naturelle et prévisible de l'exécution de l'entreprise criminelle commune. La condition subjective est autre : il faut que l'accusé ait su qu'un tel crime était la conséquence possible de l'exécution de cette entreprise et y ait néanmoins pris part<sup>96</sup>.

47. Ce qu'on entend précisément par « conséquence naturelle et prévisible » n'est pas facile à saisir. On pourrait penser que cette expression vise à limiter la responsabilité pour les crimes s'écartant du projet commun et, partant, la mise en œuvre de la responsabilité pénale. Cependant, cette interprétation ne cadre pas avec la définition des éléments objectif et subjectif donnée dans l'Arrêt *Kvočka*. En effet, la Chambre d'appel a indiqué qu'« un accusé peut être reconnu responsable de crimes qui vont au-delà du but assigné à l'entreprise criminelle commune "systémique" s'ils en étaient la conséquence naturelle et prévisible<sup>97</sup> ». Elle a ensuite expliqué la condition selon laquelle le crime doit être une conséquence naturelle et prévisible de la réalisation du but de l'entreprise criminelle commune :

[La Chambre d'appel] souligne que cette question doit être appréciée eu égard à la connaissance qu'avait l'accusé du système en place. C'est d'autant plus important qu'il s'agit d'une entreprise criminelle commune « systémique », qui fait intervenir de nombreux participants aux rôles variés et très éloignés les uns des autres. Ce qui apparaît comme une conséquence naturelle et prévisible à un membre de l'entreprise criminelle commune « systémique » n'est peut-être pas perçu comme tel par un autre. Tout dépend des informations dont ils disposent. Aussi la participation à cette forme d'entreprise criminelle commune n'engage-t-elle pas forcément la responsabilité pénale des participants pour tous les crimes qui, quoique débordant le cadre du but commun de l'entreprise, en étaient une conséquence naturelle et prévisible. Un participant à une entreprise criminelle commune ne peut être tenu responsable de tels crimes que si l'Accusation prouve qu'il connaissait suffisamment le système en place pour que les

<sup>96</sup> Jugement *Krajišnik*, par. 882.

<sup>97</sup> Arrêt *Kvočka*, par. 86.

crimes qui allaient au-delà du but commun soient, pour lui, une conséquence naturelle et prévisible de l'entreprise<sup>98</sup>.

Ainsi, l'accent était mis sur la prévisibilité des crimes pour l'accusé, autrement dit sur le fait qu'il les a « effectivement prévus ». La Chambre d'appel a estimé que cela excluait dans d'autres cas la mise en œuvre de la responsabilité pour des conséquences « naturelles et prévisibles ». Vu sous cet angle, on ne voit pas très bien pourquoi l'on exigerait que les conséquences soient naturelles et prévisibles lorsqu'en définitive ce que l'on détermine, c'est si l'accusé a prévu les crimes.

48. C'est dans l'Arrêt *Tadić* que ces conditions objective et subjective, apparemment bien distinctes, ont été abordées pour la première fois. Des formulations diverses ont été utilisées pour les définir et il y a lieu d'en tirer les éléments essentiels. Au paragraphe 220, la Chambre d'appel a dit :

S'agissant de la troisième catégorie d'affaires, il convient d'appliquer la notion « de but commun » uniquement dans les cas où l'élément moral remplit les conditions suivantes : i) intention de prendre part à l'entreprise criminelle commune et de contribuer — individuellement et collectivement — à l'objectif délictueux de cette entreprise ; et ii) caractère prévisible de la perpétration éventuelle, par un autre membre du groupe, de crimes qui ne constituaient pas l'objet du but criminel commun<sup>99</sup>. Ainsi, les participants doivent avoir eu l'intention, par exemple, de maltraiter des prisonniers de guerre (même si ce projet est apparu de façon inopinée) et l'un ou plusieurs des membres du groupe doivent avoir effectivement tué ces prisonniers. Pour que la responsabilité de ces morts soit imputable à d'autres, cependant, chacun des membres du groupe doit avoir été en mesure de *prévoir* le résultat des actes commis. Il convient de remarquer qu'en l'occurrence, la négligence ne suffit pas. Il faut que l'accusé se soit trouvé dans un état d'esprit tel que même s'il n'avait pas l'intention d'arriver à un certain résultat, *il avait conscience que les actes commis par le groupe entraîneraient très vraisemblablement ce résultat, mais était néanmoins disposé à courir ce risque*. En d'autres termes, il faut qu'il y ait de la part de l'accusé ce qu'il est convenu d'appeler *dol éventuel*, ou *advertent recklessness* dans certains systèmes<sup>100</sup>.

49. Au paragraphe 228, la Chambre d'appel a résumé ses conclusions et a donné une définition plus succincte encore des éléments moraux requis. Après avoir indiqué que l'accusé devait avoir l'intention de participer au dessein criminel et d'y contribuer, elle a ajouté :

Par ailleurs, la responsabilité pour un crime autre que celui envisagé dans le projet commun ne s'applique que si, dans les circonstances de l'espèce, i) il était *prévisible* qu'un tel crime *était susceptible* d'être commis par l'un ou l'autre des membres du groupe, et ii) l'accusé a *délibérément pris ce risque*<sup>101</sup>.

<sup>98</sup> *Ibidem*.

<sup>99</sup> *Le Procureur c/ Tadić*, affaire n° IT-94-1-A, Arrêt, 15 juillet 1999 (« Arrêt *Tadić* »), par. 220.

<sup>100</sup> *Ibidem* [non souligné dans l'original].

<sup>101</sup> *Ibid.*, par. 228 [souligné dans l'original].

50. Prises ensemble, ces formulations ne permettent pas de dire si l'accusé doit prévoir que le crime est une possibilité ou une probabilité. Il y a de toute évidence une différence entre prévoir que des actes « entraînaient très vraisemblablement ce résultat » et prévoir qu'« un tel crime était susceptible d'être commis ». Appliquant ces formulations aux faits de l'espèce, la Chambre d'appel a conclu au paragraphe 232 :

Ainsi, la seule conclusion qui peut être tirée est que [Duško Tadić] avait l'intention de contribuer à l'objectif criminel consistant à vider la région de Prijedor de sa population non serbe, en commettant des actes inhumains à son encontre. Le fait que des non-Serbes aient pu être tués durant la réalisation de cet objectif commun était, dans les circonstances de l'espèce, prévisible. [Duško Tadić] avait conscience que les actions du groupe dont il était membre étaient susceptibles d'entraîner de tels massacres, mais il a pris ce risque délibérément<sup>102</sup>.

Ainsi, en définitive, la Chambre d'appel semblait dire que les conséquences devaient être en général prévisibles, mais que l'accusé devait effectivement prévoir qu'elles seraient probables et avait délibérément pris ce risque.

51. Cette idée a été par la suite formulée de plusieurs manières. Ainsi, dans l'Arrêt *Krstić*, la Chambre d'appel a dit :

Il suffit de montrer que l'accusé savait que ces agissements, qui n'entraient pas dans le cadre de l'entreprise criminelle commune, en étaient une conséquence naturelle et prévisible, et qu'il a pris part à cette entreprise, conscient de la probabilité que d'autres crimes en résultent<sup>103</sup>.

Dans ce passage, curieusement, il est question à la fois de probabilité et de possibilité.

52. Dans la Décision relative à l'appel interlocutoire, rendue en mars 2004 dans l'affaire *Brđanin*, la Chambre d'appel a donné la définition suivante :

Il suffit [que l'accusé] ait adhéré à une entreprise criminelle commune visant un autre crime, tout en sachant que la perpétration de ce crime rendait raisonnablement prévisible à ses yeux que d'autres membres de l'entreprise criminelle commune commettent le crime reproché, et que celui-ci a bien été commis<sup>104</sup>.

La même formulation apparaît dans la décision relative à la demande d'acquiescement rendue dans l'affaire *Milošević* et dans le Jugement *Milutinović et consorts*<sup>105</sup>.

<sup>102</sup> *Ibid.*, par. 232.

<sup>103</sup> *Le Procureur c/ Krstić*, affaire n° IT-98-33-A, Arrêt, 19 avril 2004, par. 150.

<sup>104</sup> *Le Procureur c/ Brđanin*, affaire n° IT-99-36-A, Décision relative à l'appel interlocutoire, 19 mars 2004, par. 5 et 6.

<sup>105</sup> *Le Procureur c/ Slobodan Milošević*, affaire n° IT-02-54-T, Décision relative à la demande d'acquiescement, 16 juin 2004, par. 290 ; *Le Procureur c/ Milutinović*, affaire n° IT-05-87-T, *Judgement Volume I of 4*, 26 février 2009 (« Jugement *Milutinović*, vol. I »), par. 111.

53. Cependant, dans plusieurs affaires, le critère est énoncé de manière similaire à celle que l'on trouve dans la décision rendue en juin 2001 dans l'affaire *Brđanin et Talić* concernant les vices de forme de l'acte d'accusation : i) le crime qui s'écarte du projet commun doit être une conséquence naturelle et prévisible de l'exécution de l'entreprise criminelle commune, et ii) l'accusé doit être conscient que ce crime est une conséquence possible de l'exécution de cette entreprise, et a délibérément pris ce risque en participant à cette entreprise<sup>106</sup>.

54. Plus récemment, la Chambre d'appel a examiné la question dans l'affaire *Martić* :

Pour qu'un accusé soit tenu responsable pour participation à l'entreprise criminelle commune de troisième catégorie, il ne suffit pas qu'il ait créé les conditions qui ont rendu possible la perpétration d'un crime n'entrant pas dans le cadre du but commun. Il faut que l'accusé ait prévu le crime et qu'il ait délibérément pris le risque que celui-ci soit commis<sup>107</sup>.

Ici, l'accent est mis sur la connaissance qu'a l'accusé et sur son état d'esprit. C'est l'élément moral essentiel. L'important, c'est ce qu'il a prévu. Cependant, après avoir énoncé ce critère, la Chambre n'a pas dit clairement si l'accusé devait prévoir que le crime s'écartant du projet commun était possible ou probable. Si l'expression « a délibérément pris le risque que [le crime] soit commis » donne à penser que c'est la possibilité qui est envisagée, on ne sait pas au juste si la Chambre d'appel précisait là le degré de prévisibilité requis chez l'accusé.

55. Après avoir passé en revue la jurisprudence du Tribunal concernant la question de savoir si le critère applicable est celui de la probabilité ou de la possibilité des crimes, la Chambre de première instance est portée à tirer deux conclusions. Premièrement, selon l'Arrêt *Tadić*, l'accusé doit prévoir que les crimes s'écartant du projet commun seraient vraisemblablement commis, c'est-à-dire qu'ils seraient probablement commis. Deuxièmement, si dans différentes décisions rendues par la suite, les Chambres ont à plusieurs reprises fait référence à la possibilité et à la probabilité, elles n'ont, à aucun moment, clairement rejeté le critère énoncé dans l'Arrêt *Tadić*. Si ce critère a été formulé de différentes manières en différentes occasions, il exige que l'accusé ait prévu que les crimes s'écartant du projet commun seraient probablement commis.

<sup>106</sup> Voir, par exemple, *Le Procureur c/ Brđanin et Talić*, affaire n° IT-99-36-PT, Décision relative à la forme du nouvel acte d'accusation modifié et à la requête de l'Accusation aux fins de modification dudit acte, 26 juin 2001, par. 28 à 31 ; Arrêt *Blaškić*, par. 33 ; Arrêt *Kvočka*, par. 83 ; *Le Procureur c/ Stakić*, affaire n° IT-97-24-A, Arrêt, 22 mars 2006, par. 65 et 87.

<sup>107</sup> *Le Procureur c/ Martić*, affaire n° IT-95-11-A, *Judgement*, 8 octobre 2008, par. 83.

56. Concernant la condition objective de l'élément moral, même si dans l'Arrêt *Tadić*, la Chambre d'appel a conclu que les crimes s'écartant du projet commun devaient être une conséquence « naturelle et prévisible » de l'exécution de celui-ci, la Chambre de première instance, tout comme la Chambre d'appel dans l'affaire *Kvočka*, considère que le terme « naturel » emporte plusieurs connotations subjectives. Par exemple, ce qui est naturel dans certaines circonstances peut ne pas l'être dans d'autres. Pour cette raison, la Chambre de première instance estime que le critère qui convient est celui des conséquences raisonnablement prévisibles. En d'autres termes, pour déterminer ce qu'un accusé a prévu, il serait peut-être bon de tenir compte de ce que toute personne occupant la même place dans la hiérarchie aurait raisonnablement prévu.

57. Au lieu de rejeter les allégations fondées sur cette forme de responsabilité, la Chambre de première instance autorisera l'Accusation à proposer des modifications pour corriger ce vice de forme de l'Acte d'accusation.

### C. Exception préjudicielle relative au chef 11

58. Il ne fait aucun doute que la prise d'otages est interdite par l'article 3 commun aux Conventions de Genève et que les violations de l'article 3 commun sont couvertes par l'article 3 du Statut du Tribunal<sup>108</sup>. La Chambre de première instance fait observer qu'à première vue, l'article 3 commun interdit non seulement de prendre des civils en otages, mais aussi toutes les « personnes qui ne participent pas directement aux hostilités ». Toutefois, la question posée par l'Accusé, à savoir si les victimes des prises d'otages doivent être des civils ou doivent être détenues illégalement, porte directement sur les éléments constitutifs du crime. La Chambre de première instance, compte tenu encore une fois de la décision rendue par la Chambre d'appel dans l'affaire *Gotovina*, considère qu'il s'agit là d'une exception préjudicielle pour vices de forme de l'Acte d'accusation. Elle estime également qu'il convient de trancher la question avant l'ouverture du procès puisque celle-ci pourrait avoir une incidence importante sur la manière dont les parties vont présenter leur dossier.

59. L'Accusé présente des arguments nombreux et compliqués concernant le chef 11 dans son exception préjudicielle et dans sa Réplique. La Chambre de première instance estime toutefois qu'il s'agit d'une question assez simple. La Chambre d'appel a conclu que les

<sup>108</sup> *Le Procureur c/ Tadić*, affaire n° IT-94-1-AR72, Arrêt relatif à l'appel de la Défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995 (« Arrêt *Tadić* relatif à la compétence »), par. 89 ; *Le Procureur c. Blaškić*, affaire n° IT-95-14-T, Jugement, 3 mars 2000 (« Jugement *Blaškić* »), par. 147.

protections garanties par l'article 3 commun le sont désormais par l'article 3 du Statut<sup>109</sup>. En outre, s'appuyant sur l'arrêt rendu en 1986 par la Cour internationale de justice dans l'affaire *Nicaragua*, elle a également estimé que l'article 3 commun aux Conventions de Genève s'appliquait aux conflits armés internes et internationaux, et que le caractère du conflit importait peu pour son application<sup>110</sup>. En conséquence, l'Accusé se trompe lorsqu'il affirme que les protections accordées par l'article 3 commun ne faisaient pas partie du droit international coutumier à l'époque où un conflit armé international se déroulait en Bosnie-Herzégovine, comme il a tort de dire que l'Accusation cherche contre toute logique à « transposer les règles applicables » du « cadre relativement peu réglementé du conflit armé interne » au « cadre rigoureusement réglementé du conflit armé international<sup>111</sup> ». En effet, il a été dit à maintes reprises, avant et après 1995, que l'article 3 commun énonce des règles qui « constituent aussi [...] un minimum indépendamment de celles, plus élaborées, qui [s'appliquent dans le cas des conflits armés internationaux]<sup>112</sup> ». Ainsi, même en acceptant l'argument de l'Accusé selon lequel l'Accusation tente de « transposer les règles applicables », la Chambre de première instance considère que ce n'est pas contraire à l'intuition de transposer à un conflit armé international des règles qui garantissent, de l'avis de tous, des protections minimales aux personnes qui ne participent pas directement aux hostilités.

60. La prise d'otages a été examinée dans deux affaires portées devant le Tribunal, à savoir les affaires *Blaškić* et *Kordić et Čerkez*. Cependant, les Chambres saisies de ces affaires devaient se prononcer sur la prise de civils en otages et, en conséquence, leurs conclusions ne sont guère utiles s'agissant de la qualité des personnes protégées par l'article 3 contre la prise d'otages. Néanmoins, l'article 3 commun aux Conventions de Genève protège « [l]es personnes qui ne participent pas directement aux hostilités, y compris les membres de forces armées qui ont déposé les armes et les personnes qui ont été mises hors de combat par [...] détention, ou pour toute autre cause<sup>113</sup> ». Ainsi, les protections minimales prévues par l'article 3 commun, notamment l'interdiction de la prise d'otages, s'appliquent également aux personnes mises hors de combat en raison de leur détention. C'est ce qu'a confirmé la

<sup>109</sup> Arrêt *Tadić* relatif à la compétence, par. 89.

<sup>110</sup> *Ibidem*, par. 102.

<sup>111</sup> Exception préjudicielle relative au chef 11, par. 7 et 8.

<sup>112</sup> *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-unis d'Amérique)*, fond, arrêt du 27 juin 1986, par. 218 ; Arrêt *Tadić* relatif à la compétence, par. 102 et 109 ; *Le Procureur c/ Tadić*, affaire n° IT-94-1-T, Décision relative à l'exception préjudicielle d'incompétence soulevée par la Défense, 8 août 1995, par. 66 et 67.

<sup>113</sup> Article 3 1) commun aux Conventions de Genève.

Chambre de première instance *Blaškić* lorsqu'elle a déclaré l'accusé coupable de prise d'otages pour la détention d'un grand nombre de Musulmans de Bosnie qui, a ajouté la Chambre, s'ils n'étaient pas tous « nécessairement des civils », étaient tous « des personnes hors de combat »<sup>114</sup>. La Chambre de première instance fait observer que le personnel de l'ONU qui aurait été pris en otage à Srebrenica était pour le moins mis hors de combat en raison de sa détention.

61. En outre, les jugements rendus dans les affaires *Blaškić* et *Kordić et Čerkez* donnent des indications utiles concernant la question de savoir si la détention illégale est un élément de l'infraction sous-jacente qu'est la prise d'otages. Dans l'affaire *Blaškić*, l'accusé devait répondre de prise d'otages sur la base de l'article 2 h) du Statut qui sanctionne la prise de civils en otages, infraction grave aux Conventions de Genève, et de l'article 3. Lorsqu'elle a examiné le premier article, la Chambre de première instance *Blaškić* a dit :

Au sens de l'article 2 du Statut, les otages civils sont des personnes illégalement privées de leur liberté, souvent arbitrairement et parfois sous menace de mort. Cependant, comme soutenu par la [D]éfense, la détention peut être licite dans certaines circonstances, notamment lorsqu'il s'agit de protéger des civils ou que des raisons de sécurité l'imposent. L'[A]ccusation doit établir qu'au moment de la détention présumée, l'acte prétendument répréhensible a été commis dans le but d'obtenir une concession ou de s'assurer un avantage. Les éléments de cette infraction sont similaires à ceux de l'article 3 b) des Conventions de Genève qui sont couverts par l'article 3 du Statut<sup>115</sup>.

62. Pour ce qui est de l'article 3, la Chambre a rappelé la définition des otages donnée dans le commentaire de l'article 3 commun selon laquelle les otages sont « des ressortissants d'un État belligérant qui se trouvent, de gré ou de force, au pouvoir de l'ennemi et répondent sur leur liberté ou sur leur vie de l'exécution des ordres de celui-ci et de la sécurité de ses forces armées<sup>116</sup> ». La Chambre a ajouté :

La définition des otages doit être entendue comme étant similaire à celle des civils pris en otage au sens des infractions graves de l'article 2 du Statut, à savoir : des personnes illégalement privées de leur liberté, souvent arbitrairement et parfois menacées de mort. Les parties ne contestent pas que pour être qualifiés d'otages les détenus doivent avoir été utilisés aux fins d'obtenir un certain avantage ou de s'assurer d'un certain engagement de la part d'un belligérant ou d'une autre personne ou d'un autre groupe de personnes<sup>117</sup>.

63. Dans l'affaire *Kordić et Čerkez*, la Chambre de première instance a examiné les chefs de prises d'otages retenus sur la base de l'article 2 h) et de l'article 3 du Statut. Pour le premier, elle a énoncé les éléments suivants :

<sup>114</sup> Jugement *Blaškić*, par. 708.

<sup>115</sup> *Ibidem*, par. 158.

<sup>116</sup> *Ibid.*, par. 187.

<sup>117</sup> *Ibid.*

En conséquence, la Chambre conclut qu'un individu commet le crime de prise de civils en otages lorsqu'il menace ces personnes illégalement détenues de traitements inhumains ou de mort, et que ces menaces constituent un moyen de s'assurer un avantage<sup>118</sup>.

64. Lorsqu'elle a examiné les éléments constitutifs de la prise d'otages visée à l'article 3 du Statut, la Chambre a rappelé les différentes catégories de personnes protégées par l'article 3 commun et a conclu, en se fondant sur le Jugement *Blaškić*, que les éléments de la prise d'otages visée à l'article 3 Statut sont essentiellement les mêmes que ceux de la prise de civils en otages visée à l'article 2 h), définissant les otages comme « des personnes illégalement privées de leur liberté, souvent arbitrairement et parfois menacées de mort » et capturées « aux fins d'obtenir un certain avantage ou de s'assurer d'un certain engagement de la part d'un belligérant ou d'une autre personne ou d'un autre groupe de personnes<sup>119</sup> ».

65. Compte tenu de ce qui précède, la Chambre de première instance estime que la détention illégale est effectivement un élément constitutif de la prise d'otages. L'illégalité de la détention ne dépend pas des circonstances dans lesquelles une personne est capturée par l'ennemi, mais de l'ensemble des conditions et des raisons de sa détention. Ainsi, l'illégalité de la détention tient à ce que les civils ou les personnes ne prenant pas part aux hostilités sont capturés ou pris en otage non pas pour leur sécurité ou leur protection, mais pour obtenir un avantage ou une concession. Par ailleurs, la détention légale de personnes pourrait devenir illégale si celles-ci étaient menacées de mort et/ou de coups ou subissaient dans les faits des violences. Dans l'affaire *Blaškić*, l'accusé a été reconnu coupable d'avoir pris en otages des Musulmans de Bosnie, dont certains étaient hors de combat, car, a estimé la Chambre de première instance, leur « détention ne saurait en l'occurrence être aucunement considérée comme licite, puisqu'elle avait pour but principal de contraindre [l'armée des Musulmans de Bosnie] à mettre fin à sa progression ». De plus, la Chambre a conclu que tous les détenus étaient menacés de mort<sup>120</sup>. Dans l'Acte d'accusation, il est expressément dit au chef 11 que le personnel de l'ONU a été pris en otage afin d'obliger l'OTAN à renoncer aux frappes aériennes contre les cibles militaires serbes de Bosnie. Il y est également indiqué que ce personnel a été menacé de mort et/ou de coups pendant sa détention<sup>121</sup>.

<sup>118</sup> *Le Procureur c/ Kordić et Čerkez*, affaire n° IT-95-14/2-T, Jugement, 26 février 2001 (« Jugement *Kordić* »), par. 314 et 315.

<sup>119</sup> *Ibidem*, par. 319. Voir aussi Arrêt *Blaškić*, par. 638 et 639.

<sup>120</sup> Jugement *Blaškić*, par. 708.

<sup>121</sup> Acte d'accusation, par. 84 et 86.



66. Vu ce qui précède, la Chambre de première instance estime que s'agissant du chef 11, l'Acte d'accusation n'est entaché d'aucun vice de forme.

#### **D. Exception préjudicielle relative à la responsabilité pour omission**

67. La Chambre de première instance considère que l'Exception préjudicielle relative à la responsabilité pour omission doit également être considérée comme une exception préjudicielle pour vices de forme de l'Acte d'accusation au sens de l'article 18 4) du Statut et de l'article 47 C) du Règlement, compte tenu des conclusions tirées par la Chambre d'appel dans l'affaire *Gotovina*. En effet, l'Accusé explique que les paragraphes 30, 31 et 88 souffrent d'un vice de forme parce qu'ils font référence à des omissions. En outre, la Chambre de première instance considère qu'il y a lieu de se prononcer dès à présent sur les griefs formulés dans cette exception préjudicielle pour que l'Accusé et l'Accusation puissent se préparer pour le procès en conséquence.

68. L'article 7 1) du Statut dispose :

Quiconque a planifié, incité à commettre, ordonné, commis ou de toute autre manière aidé et encouragé à planifier, préparer ou exécuter un crime visé aux articles 2 à 5 du présent statut est individuellement responsable dudit crime.

69. Même si le paragraphe 30 de l'Acte d'accusation parle de planifier, inciter à commettre, ordonner et/ou aider et encourager des crimes par des actes et *omissions*, il est évident, à la lumière du paragraphe 31, que ces omissions engagent uniquement la responsabilité pénale individuelle de l'Accusé pour avoir incité à commettre des crimes et pour les avoir aidés et encouragés et non pas pour les avoir planifiés ou ordonnés<sup>122</sup>. En conséquence, la Chambre de première instance n'examinera que la question de savoir si un accusé peut être tenu pénalement responsable pour avoir aidé et encouragé des crimes et incité à les commettre par omission.

70. La Chambre d'appel a indiqué à plusieurs reprises qu'un accusé pouvait aider et encourager un crime non seulement par un acte positif mais aussi par une omission<sup>123</sup>. Ainsi, dans l'affaire *Ntagerura et consorts*, elle a estimé que des omissions coupables pouvaient

<sup>122</sup> Voir *ibidem*, par. 30, 31 et 88.

<sup>123</sup> Arrêt *Nahimana*, par. 482 ; *Le Procureur c/ Stanislav Galić*, affaire n° IT-98-29-A, Arrêt, 30 novembre 2006 (« Arrêt *Galić* »), par. 175 ; *Le Procureur c/ Orić*, affaire n° IT-03-68-A, *Appeal Judgement*, 3 juillet 2008, par. 43 ; *Le Procureur c/ Ntagerura, Bagambiki et Imanishimwe*, affaire n° ICTR-99-46-A, Arrêt, 7 juillet 2006, par. 334.

engager la responsabilité pénale d'un accusé<sup>124</sup> et c'est ce même raisonnement qu'elle a suivi dans l'affaire *Galić*<sup>125</sup>. Dans l'affaire *Mrkšić*, la Chambre de première instance a dit :

Bien que tout dépende des faits de l'espèce, la simple présence, sur les lieux du crime, d'un supérieur hiérarchique ne constitue généralement pas une forme de complicité. Cependant, lorsque cette présence confère une légitimité à l'auteur du crime ou vaut pour lui encouragement, il y a complicité. Par exemple, la présence d'un supérieur hiérarchique peut être interprétée comme un encouragement ou un soutien. L'accusé peut être tenu responsable d'un crime pour s'en être rendu complice par omission, que sa présence sur les lieux du crime ait ou non encouragé ses auteurs s'il était tenu d'empêcher la commission du crime et ne l'a pas fait, dès lors que son inaction a eu un effet important sur la commission du crime et qu'il avait la *mens rea* requise<sup>126</sup>.

71. Dans l'affaire *Milutinović et consorts*, la Chambre de première instance a suivi ce raisonnement et a conclu :

[O]utre la théorie du « spectateur approbateur », [la responsabilité pour aide et encouragement] englobe aussi les omissions coupables lorsque a) il y a obligation juridique d'agir, b) l'accusé a la capacité de le faire, c) il n'en a rien fait parce qu'il voulait les conséquences criminelles ou il savait et acceptait que ces conséquences adviennent, et d) l'omission a entraîné un crime<sup>127</sup>.

72. La Chambre de première instance considère que la jurisprudence du Tribunal relative à l'aide et l'encouragement par omission est bien établie. L'Accusé n'a pas démontré que les conclusions tirées par les Chambres de première instance et la Chambre d'appel sur ce point sont erronées, et la Chambre de première instance estime qu'un accusé *peut* être tenu responsable pour avoir aidé et encouragé un crime par omission. En conséquence, puisqu'on peut considérer, vu la formulation du paragraphe 30 de l'Acte d'accusation, que les omissions peuvent concerner tous les modes de participation énumérés ou seulement *certaines* d'entre eux, la Chambre de première instance estime que ce paragraphe ne souffre d'aucun vice de forme.

<sup>124</sup> *Le Procureur c/ Ntagerura, Bagambiki et Imanishimwe*, affaire n° ICTR-99-46-A, Arrêt, 7 juillet 2006, par. 334 ; voir aussi *Le Procureur c/ Ntagerura, Bagambiki et Imanishimwe*, affaire n° ICTR-99-46-T, Jugement et sentence, 25 février 2004, par. 659.

<sup>125</sup> Arrêt *Galić*, par. 175.

<sup>126</sup> *Le Procureur c/ Mrkšić, Radić et Šljivančanin*, affaire n° IT-95-13/1-T, Jugement, 27 septembre 2007 (« Jugement *Mrkšić* »), par. 553 [notes de bas de page non reproduites] ; voir aussi Arrêt *Blaškić*, par. 47 ; *Le Procureur c/ Aleksovski*, affaire n° IT-95-14/1-T, Jugement, 25 juin 1999, par. 87 ; *Le Procureur c/ Kunarac, Kovač et Vuković*, affaire n° IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, Jugement, 22 février 2001, par. 391 ; *Le Procureur c/ Krnojelac*, affaire n° IT-95-27-T, Jugement, 15 mars 2002, par. 88 ; *Le Procureur c/ Vasiljević*, affaire n° IT-98-32-T, Jugement, 29 novembre 2002, par. 70 ; Jugement *Brđanin*, par. 271 ; *Le Procureur c/ Blagojević et Jokić*, affaire n° IT-02-60-T, Jugement, 17 janvier 2005, par. 726 ; *Le Procureur c/ Orić*, affaire n° IT-03-68-T, Jugement, 30 juin 2006 (« Jugement *Orić* »), par. 283.

<sup>127</sup> Jugement *Milutinović*, vol. I, par. 90.

73. En revanche, le paragraphe 31 aborde en particulier les omissions dans le cadre de l'incitation et de l'aide et l'encouragement. Comme elle l'a fait pour ce mode-ci de participation, la Chambre de première instance observe que selon la jurisprudence du Tribunal, il y a incitation lorsque l'élément matériel qui est de provoquer délibérément quelqu'un — par des actes positifs ou des *omissions* — à agir de telle ou telle manière est constaté. La Chambre de première instance *Blaškić* a estimé que les omissions *pouvaient* constituer une incitation au sens de l'article 7 1) du Statut, et a expliqué que l'on pouvait provoquer un tiers à commettre un crime non seulement par un acte positif, mais aussi par une omission coupable<sup>128</sup>. La Chambre de première instance a indiqué qu'un commandant pouvait être tenu responsable pour avoir incité à commettre un crime si, n'ayant pas pris de mesures contre les subordonnés qui ont violé le droit de la guerre, il permet à ses troupes de continuer leurs méfaits. En pareil cas, le commandant peut être tenu responsable pour incitation sur la base de l'article 7 1) et non pas de l'article 7 3) s'il est établi qu'il existait un lien de causalité entre l'incitation et la perpétration de l'acte constitutif d'un crime et que les subordonnés n'auraient pas commis les crimes ultérieurs si le commandant n'avait pas manqué à son obligation de punir les premiers crimes<sup>129</sup>.

74. D'autres Chambres de première instance ont par la suite adopté une approche similaire<sup>130</sup>. Plus particulièrement, la Chambre de première instance *Brđanin* a conclu que « [t]ant les actes que les omissions [pouvaient] constituer une incitation et [que] cette notion recouv[r]ait les comportements tant explicites qu'implicites<sup>131</sup> ». Les Chambres de première

<sup>128</sup> Jugement *Blaškić*, par. 280.

<sup>129</sup> *Ibidem*, par. 338 et 339.

<sup>130</sup> *Le Procureur c/ Stanislav Galić*, affaire n° IT-98-29-T, Jugement, 5 décembre 2003 (« Jugement *Galić* »), par. 168 [notes de bas de page non reproduites], où il est dit qu'« [i]l a été jugé qu'une omission pouvait tenir de l'instigation lorsqu'un supérieur hiérarchique créait des conditions propices aux entreprises criminelles de ses subordonnés » ; Jugement *Orić*, par. 283 [notes de bas de page non reproduites], où il est dit que « [d]ans la même mesure que pour l'incitation, l'aide et l'encouragement peuvent être explicites ou implicites, et viser à la fois des actes et des omissions, à condition, dans ce dernier cas, que l'accusé ait eu l'obligation, dans les circonstances, d'empêcher que le crime soit commis » ; Jugement *Mrkšić*, par. 549 ; voir aussi *Le Procureur c/ Ramuša Haradinaj et consorts*, affaire n° IT-04-84-T, *Jugement*, 3 avril 2008, par. 141 [notes de bas de page non reproduites], dans lequel il est dit :

L'article 7 1) du Statut couvre d'abord et avant tout la perpétration physique d'un crime par l'auteur lui-même ou l'omission coupable d'un acte prescrit par la loi. Cet article consacre également le principe qui veut que peuvent être tenus pénalement responsables des crimes prévus aux articles 2 à 5 du Statut non seulement ceux qui les commettent, mais également ceux qui y contribuent selon les autres modalités décrites plus haut. Pour tenir un accusé pénalement responsable d'un crime pour y avoir participé de l'une ou l'autre de ces façons, il faut que le crime en question ait effectivement été commis. En outre, il est nécessaire que, par ses agissements, il ait substantiellement contribué à la commission du crime. Une omission peut engager la responsabilité s'il y avait obligation d'agir.

<sup>131</sup> Jugement *Brđanin*, par. 269.

instance saisies des affaires *Limaj et consorts* et *Boškoski et Tarčulovski* ont utilisé des formulations similaires<sup>132</sup>. Plus récemment encore, la Chambre de première instance *Milutinović* a estimé qu'un « accusé pouvait provoquer un tiers à commettre un crime non seulement par des actes positifs mais aussi par des omissions<sup>133</sup> ».

75. En outre, dans l'affaire *Galić*, la Chambre d'appel a estimé qu'en règle générale, toute omission, lorsqu'elle constituait un manquement à une obligation légale d'agir, pouvait engager la responsabilité pénale individuelle au regard de l'article 7 1) du Statut<sup>134</sup>. La Chambre de première instance *Galić* avait auparavant conclu que les modes de participation énumérés dans l'article 7 1) du Statut pouvaient « prendre la forme d'un acte positif ou d'une omission coupable<sup>135</sup> ». Stanislav Galić a attaqué les conclusions de la Chambre de première instance et a soutenu qu'une personne ne pouvait être accusée du fait de ses omissions sur la base de cet article 7 1) du Statut, car pour mettre en cause la responsabilité d'une personne sur la base de cet article, il fallait un acte positif « qui indiqu[ait] clairement la participation dans l'acte illicite<sup>136</sup> ». Après avoir confirmé le principe général susmentionné, la Chambre d'appel a néanmoins annulé les conclusions tirées par la Chambre de première instance concernant le fait d'*ordonner* par *omission*. Toutefois, elle n'a pas examiné les omissions pour les autres modes de participation visés à l'article 7 1) du Statut et n'est donc pas revenue sur la conclusion de la Chambre de première instance selon laquelle une omission pouvait constituer une incitation<sup>137</sup>.

76. L'Accusé n'a avancé aucune raison justifiant de s'écarter de la jurisprudence du Tribunal. La Chambre de première instance reconnaît que même si en pratique, il peut être impossible ou presque de faire la distinction entre des actes positifs et des omissions et entre la responsabilité pour incitation par omission et la responsabilité du supérieur hiérarchique, cela ne signifie pas qu'on ne peut jamais parler d'incitation par omission. La Chambre de première instance accepte donc qu'une omission *puisse* constituer une incitation et considère que le fait

<sup>132</sup> *Le Procureur c/ Limaj et consorts*, affaire n° IT-03-66-T, Jugement, 30 novembre 2005, par. 514 ; *Le Procureur c/ Boškoski et Tarčulovski*, affaire n° IT-04-82-T, *Judgement*, 10 juillet 2008, par. 399.

<sup>133</sup> Jugement *Milutinović*, vol. I, par. 83.

<sup>134</sup> Arrêt *Galić*, par. 175.

<sup>135</sup> Jugement *Galić*, par. 168.

<sup>136</sup> *Le Procureur c/ Stanislav Galić*, affaire n° IT-98-29-A, Mémoire d'appel de Galić, 19 juillet 2004 (« Mémoire d'appel de Galić »), par. 108 et 109, renvoyant au Jugement *Galić*, par. 168. Stanislav Galić a également attaqué la conclusion de la Chambre de première instance selon laquelle « un supérieur qui, par son comportement, a permis à ses subordonnés de commettre un crime peut être tenu responsable au regard de l'article 7 1) du Statut, si l'élément moral exigé par cet article est présent », Jugement *Galić*, par. 169 ; Mémoire d'appel de Galić, par. 110.

<sup>137</sup> Arrêt *Galić*, par. 176.

que cette formulation apparaisse au paragraphe 31 n'entache pas l'Acte d'accusation d'un vice de forme.

77. Ainsi qu'il a été dit plus haut, l'Accusé ne remet pas en cause la compétence qu'a la Chambre de se prononcer sur les modes de participation que sont « l'incitation » et « l'aide et l'encouragement ». Les deux expressions qualifient un comportement pouvant être constitué en tout ou en partie par l'inaction, notamment lorsqu'il y a obligation d'agir. La question de savoir si et dans quelle mesure l'inaction ou l'omission peut constituer une incitation à commettre un crime, une aide et un encouragement à son exécution ou y contribuer ne peut être tranchée qu'au procès à la lumière des éléments de preuve produits et conformément au sens ordinaire de ces termes en anglais. La Chambre de première instance fait remarquer que l'Accusation reproche à l'Accusé d'avoir, par des actes *et* des omissions, incité à commettre des crimes et aidé et encouragé leur exécution. Aussi la Chambre de première instance examinera-t-elle tout le comportement de l'Accusé, à savoir ce que celui-ci a fait ou n'a pas fait, avant de déterminer si par ses omissions, il a incité à commettre des crimes ou aidé et encouragé ceux-ci. Libre à l'Accusé de faire valoir que les éléments de preuve présentés au sujet de son inaction ne permettent pas de prouver qu'il a incité à commettre des crimes ou les a aidés et encouragés.

78. La Chambre de première instance est donc convaincue que les paragraphes 30, 31 et 88 ne présentent aucun vice de forme et elle rejette les griefs formulés contre l'Acte d'accusation dans l'Exception préjudicielle relative à la responsabilité pour omission.

#### **E. Exception préjudicielle relative aux crimes supposant une intention spécifique**

79. Après avoir conclu que l'Exception préjudicielle relative aux crimes supposant une intention spécifique ne constituait pas une exception d'incompétence, la Chambre de première instance estime qu'elle ne constitue pas non plus une exception pour vices de forme de l'Acte d'accusation.

#### **F. Exception préjudicielle relative à la responsabilité du supérieur hiérarchique**

80. Après avoir conclu que l'Exception préjudicielle relative à la responsabilité du supérieur hiérarchique ne constituait pas une exception d'incompétence, la Chambre de première instance estime qu'elle ne constitue pas non plus une exception pour vices de forme de l'Acte d'accusation. Les questions soulevées dans cette exception préjudicielle doivent,

ainsi qu'il a été dit dans l'affaire *Perišić*, être tranchées au vu des éléments de preuve présentés au procès concernant le « contrôle effectif » exercé par l'Accusé sur les personnes ayant pris part aux crimes rapportés dans l'Acte d'accusation<sup>138</sup>.

#### IV. Dispositif

81. La Chambre de première instance rappelle aux parties qu'elles ne peuvent de droit faire appel que des questions liées à la compétence, et notamment des conclusions selon lesquelles tel ou tel grief porte véritablement sur la compétence. Lorsque la Chambre de première instance a jugé qu'un grief présenté comme tel ne l'était pas véritablement, mais a tout de même considéré qu'il portait sur les vices de forme de l'Acte d'accusation et l'a examiné comme tel, les parties doivent, si elles envisagent d'interjeter appel des conclusions tirées par la Chambre de première instance, demander la certification de l'appel.

82. Par ces motifs et en application des articles 47, 54 et 72 du Règlement, la Chambre de première instance :

- a) **FAIT DROIT** à la demande de l'Accusé de lui accorder un délai supplémentaire pour présenter une réplique à la Réponse relative à la responsabilité du supérieur hiérarchique et de l'autoriser à présenter celle-ci, et elle accepte en conséquence sa Réplique relative à la responsabilité du supérieur hiérarchique présentée le 20 avril 2009.
- b) **FAIT DROIT** à la demande de l'Accusé de l'autoriser à présenter des répliques aux réponses de l'Accusation concernant le paragraphe 60 k), la prévisibilité des crimes, le chef 11, la responsabilité pour omission et les crimes supposant une intention spécifique.
- c) **FAIT DROIT** en partie à l'Exception préjudicielle relative à la prévisibilité des crimes et **ORDONNE** à l'Accusation de proposer des modifications à l'Acte d'accusation, ainsi qu'il est dit dans la partie de la présente décision consacrée à cette exception préjudicielle. Ces modifications seront examinées au plus tard le 6 mai 2009, date à laquelle se tiendra de la prochaine conférence de mise en état.

---

<sup>138</sup> *Le Procureur c/ Perišić*, affaire n° IT-04-81-PT, Décision relative aux exceptions préjudicielles, 29 août 2005, par. 31.

- d) **REJETTE** pour le surplus les exceptions préjudicielles soulevées par l'Accusé.

Fait en anglais et en français, la version en anglais faisant foi.

Le Président de la Chambre  
de première instance

*/signé/*

\_\_\_\_\_

Iain Bonomy

Le 28 avril 2009  
La Haye (Pays-Bas)

**[Sceau du Tribunal]**